

Utlevering av biologisk materiale

Utlevering av biologisk materiale og opplysninger til bruk i
straffesaker

Kandidatnummer: 420

Veileder: Asbjørn Kjønsstad

Leveringsfrist: 25.04.2006

Til sammen 17108 ord

27.04.2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Problemstilling	1
1.2	Avgrensning	2
1.3	Plan for fremstillingen	3
1.4	Biobank, humant biologisk materiale og opplysninger	4
<u>2</u>	<u>KILDER</u>	<u>6</u>
2.1	Lov	6
2.2	Forarbeider	7
2.3	Rettspraksis	7
2.4	Reelle hensyn	8
2.5	Etterarbeider	9
<u>3</u>	<u>STRAFFEPROSESSLOVEN</u>	<u>10</u>
3.1	Utgangspunkter, særlig om ”ting”	10
3.2	Begrensninger i beslagsadgangen	11
3.2.1	Innledning	11
3.2.2	Vitneplikt	11
3.2.3	Har personell tilknyttet biobank taushetsplikt	12
3.3	Er oppregningen i strpl § 119 uttømmende?	13
3.3.1	Ordlyd og formål	13
3.3.2	Rettspraksis	15
3.3.3	Lovavdelingens uttalelser	19

3.3.4	Konklusjon	21
3.4	Er biologisk materiale en slik type opplysning man sikter til i § 119?	21
3.4.1	Ordlyd og reelle hensyn	21
3.4.2	Forarbeider	22
3.4.3	Lovavdelingens uttalelse	22
3.4.4	Rettspraksis	23
3.4.5	Konklusjon	23
3.5	Samlet konklusjon i forhold til bestemmelsene i straffeprosessloven	24
<u>4</u>	<u>BIOBANKLOVEN</u>	<u>25</u>
4.1	Innledning	25
4.2	Hovedregelen i § 15	25
4.2.1	Lovteksten	25
4.2.2	Lovens forarbeider	26
4.2.3	Etterarbeider og reelle hensyn	27
4.2.4	Rettspraksis og reelle hensyn	29
4.2.5	Lovavdelingens uttalelse	32
4.2.6	Konklusjon	33
4.3	Forholdet mellom biobankloven § 15 og straffeprosessloven § 119	34
<u>5</u>	<u>UNNTAK FRA TAUSHETSPLIKTEN</u>	<u>35</u>
5.1	Innledning	35
5.2	Helsepersonelloven § 23 nr. 4	36
5.2.1	Ordlyd	36
5.2.2	Forarbeider	37
5.2.3	Rettspraksis	38
5.2.4	Lovavdelingens uttalelser	39
5.2.5	Konklusjon	41
5.3	Helsepersonelloven § 24	42

5.3.1	Ordlyd	42
5.3.2	Rettspraksis	43
5.3.3	Konklusjon	45
5.4	Straffeprosessloven § 119 tredje ledd	45
5.4.1	Ordlyd	45
5.4.2	Rettspraksis	46
5.4.3	Konklusjon	48
<u>6</u>	<u>FORHOLDET MELLOM BIOBANKLOVEN OG HELSEPERSONELLOVEN</u>	<u>49</u>
6.1	Innledning	49
6.2	Bibankloven § 16	49
6.2.1	Ordlyd	49
6.2.2	Forarbeider	51
6.2.3	Rettspraksis	54
6.2.4	Lovavdelingens uttalelse	58
6.2.5	Konklusjon	59
<u>7</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>60</u>
7.1	Oppsummering og konklusjon	60
7.2	De lege ferenda-betraktninger	61
<u>8</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>63</u>

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Jeg skal presentere en juridisk drøftelse av den norske rettstilstanden for så vidt det gjelder utlevering av biologisk materiale til bruk i straffesaker.

Problemstillingen er om påtalemyndigheten skal kunne ta beslag i biologisk materiale lagret i biobanker for å bruke det i alvorlige straffesaker, eller om biobankloven forhindrer det. Dette er et tema som blant annet har vært oppe i forbindelse med Nokas-saken. Der var problemet hvorvidt påtalemyndigheten kunne beslaglegge biologisk materiale tatt i forbindelse med behandling av kreft for så å sammenligne dette med uidentifiserte DNA-funn på ransutstyr. Spørsmålet har også vært diskutert i Sverige der politiet hentet ut en blodprøve fra Huddinge universitetssykehus for å identifisere en mistenkt i forbindelse med drapet på utenriksminister Anna Lindh.

I Regjeringsrättens avgjørelse av 12. oktober 2004 krevde politimyndigheten tilgang til opplysninger om personer som hadde trukket tilbake samtykket til å være registrert i en biobank. Bakgrunnen for dette ønsket var at politiet jaktet på en forbryter. I etterkant av utleveringen av blodprøven til Anna Lindh sin morder, var det flere som meldte seg ut av biobanken, og ikke lenger ønsket å være registrert der. Etter politiets mening kunne dette tyde på at de hadde begått lovbrudd, og at de ville unngå å lide samme skjebne som drapsmannen til utenriksministeren. Politiet fikk imidlertid ikke medhold i sitt krav.

Etter norsk rett er det biobankloven som regulerer lagring og bruk av biologisk materiale. Spørsmålet er hvor langt påtalemyndighetens beslagsrett går. Jeg vil ta for meg

utgangspunktet om utlevering av bevis i straffeprosessloven og videre se om det gjøres unntak og begrensninger fra hovedregelen. Åpner biobankloven for at man benytter materiale til dette formålet, eller ligger det utenfor hva den regulerer?

Ulike hensyn står her mot hverandre. På den ene siden har man ønsket om å få oppklart alvorlige forbrytelser. På den andre siden har man rettigheter som personvern og taushetsplikt som taler mot utlevering. Lovgivningen som regulerer utlevering av biologisk materiale gir ikke et klart svar på problemet. Man må dermed tolke loven og andre relevante rettskilder for å finne svar på de ulike problemstillingene som reiser seg. Bestemmelsene i straffeprosessloven om vitneplikt vil bli drøftet da disse har betydning for spørsmålet om personell i biobank har vitneplikt om biologisk materiale oppbevart i biobank. Videre vil også kapittel 5 i helsepersonelloven bli drøftet da denne gjør unntak fra taushetsplikten.

Jeg vil ta for meg både opplysninger utledet av biologisk materiale og selve det biologiske materiale. Det biologiske materialet påtalemyndigheten vil ha utlevert, kan enten stamme fra døde personer eller fra personer som er i live. Dette vil ha betydning blant annet for samtykkekravet og unntak fra taushetsplikten i helsepersonelloven.

1.2 Avgrensning

Jeg vil i hovedsak konsentrere meg om utlevering av biologisk materiale etter biobankloven. Utlevering etter øvrig lovgivning vil bli kommentert der denne har relevans for tolkning av biobankloven. Jeg har videre avgrenset oppgaven til å gjelde utlevering til bruk i straffesaker. Utlevering til andre formål, for eksempel til forskning, faller dermed utenfor.

Straffeprosessloven § 160 a, som hjemler opprettelse av et sentralt DNA-register over personer som har gjort seg skyldige i visse typer alvorlige forbrytelser, vil heller ikke bli behandlet.

1.3 Plan for fremstillingen

Jeg skal her kort gjøre rede for hvordan oppgaven vil bli disponert.

Først vil jeg gjøre rede for rettskildemessige og metodiske spørsmål (kapittel 2).

Ettersom det er tale om utlevering til bruk i straffesaker finner jeg det naturlig å starte i straffeprosessloven. Utgangspunktet vil være hva påtalemyndigheten kan kreve utlevert etter denne loven. Videre om det finnes unntak fra hovedregelen om beslagsadgang. Slikt unntak finnes i strpl § 119 om yrkesmessig taushetsplikt. Spørsmålet her blir om personell ansatt i biobank faller inn under bestemmelsen (kapittel 3). Dersom dette er tilfellet, er den neste problemstillingen hvorvidt det gjøres begrensinger i taushetsplikten etter biobankloven (kapittel 4).

I helsepersonelloven kapittel 5 gjøres det unntak fra taushetsplikten. Jeg vil derfor drøfte hva som skal til for at disse unntakene skal komme til anvendelse (kapittel 5).

Ettersom biobankloven § 16 inneholder en henvisning til helsepersonelloven kapittel 5, vil jeg også drøfte hvorvidt denne loven kommer til anvendelse. Problemstillingen er her om biologisk materiale kan anses som en ”opplysning”, jf § 16. I tillegg vil jeg drøfte forholdet mellom biobankloven §§ 15 og 16 (kapittel 6).

Til slutt kommer en samlet konklusjon (kapittel 7).

1.4 Biobank, humant biologisk materiale og opplysninger

Oppgaven dreier seg om utlevering av biologisk materiale, og jeg finner det derfor hensiktsmessig å forklare hva som ligger i begrepene ”biobank” og ”humant biologisk materiale”. Loven skiller dessuten mellom selve det biologiske materialet og opplysninger utledet av slikt materiale, avhengig av hvilken type biobank det er tale om. Jeg vil derfor redegjøre for i hvilke tilfeller det er foretatt et slikt skille i loven. Bakgrunnen for at man fikk en egen lov om biobanker var at lovgiver mente at man burde ha en lov som regulerte de ulike sider ved innhenting, oppbevaring og bruk av biologisk materiale. Medisinsk bruk av biologisk materiale har økt de siste årene. Det ble dermed nødvendig med en lov som avklarte medisinske, etiske og rettslige problemstillinger ved bruk av humant biologisk materiale.¹

Lovens virkeområde er således å regulere innsamling, oppbevaring, behandling og destruksjon av biologisk materiale, jf § 3 første ledd. Hva som forstås med en biobank er definert i lovens § 2. Her skilles det mellom henholdsvis diagnostisk og behandlingsbiobank i første ledd og forskningsbiobank i annet ledd. En diagnostisk og behandlingsbiobank er biologisk materiale avgitt for ”medisinsk undersøkelse, diagnostikk og behandling”, jf første ledd. Forskningsbiobank er definert i bestemmelsens annet ledd som en samling humant biologisk materiale samt opplysninger som direkte fremkommer ved analyse av dette materiale, og som ”anvendes eller skal anvendes til forskning”.

Det fortas altså her et skille mellom selve det biologiske materiale og informasjon utledet av biomateriale. Det er kun opplysninger utledet av biologisk materiale som er ment for forskning som er regulert i biobankloven. Øvrige opplysninger skal behandles etter helsepersonelloven, personopplysningsloven, helseregisterloven og ”eventuelt annen

¹ NOU 2001: 19 Biobanker Innhenting, oppbevaring, bruk og destruksjon av humant biologisk materiale

lovgivning som særlig regulerer vern av personopplysninger”, jf biobankloven § 3 annet ledd.

Hva som skal regnes som humant biologisk materiale etter loven, følger av § 3 tredje ledd. Dette er ”organer, deler av organer, celler og vev og bestanddeler av slikt materiale fra levende og døde mennesker”. Et eksempel på humant biologisk materiale vil være en blodprøve. I en biobank oppbevares altså ulikt materiale fra mennesker avgitt i forbindelse med enten behandling eller forskning.

2 Kilder

Jeg vil her kort gjøre rede for rettskildesituasjonen på området. De viktigste kildene er lov, forarbeider og rettspraksis.

2.1 Lov

Det er lov av 21. februar 2003 nr. 12 (biobankloven) som regulerer oppbevaring av biologisk materiale. En tolkning av lovens bestemmelser, formål og oppbygning vil være av betydning ved vurderingen av om den setter begrensninger for utlevering av biologisk materiale. Biobankloven er av forholdsvis ny dato og den har blitt kritisert for å være både uklar² og mangelfull.³ Loven er imidlertid en viktig kilde, og en tolkning av de ulike bestemmelsene vil være viktig for det endelige resultatet.

Lov om rettergangsmåten i straffesaker 22. mai 1981 nr. 25 (straffeprosessloven) inneholder også bestemmelser av betydning, det gjelder særskilt bestemmelsene om påtalemyndighetens beslagsadgang, se §§ 203 og 210, og bestemmelsene om taushetsplikt, se § 119. De nevnte bestemmelser har en relativt klar ordlyd, men det er tale om en problemstilling som ikke har vært særskilt drøftet tidligere. Det må derfor vurderes om spørsmålet reguleres av bestemmelsene i straffeprosessloven. Ettersom vi er på strafferettens område, vil lovens ordlyd veie tungt, jf legalitetsprinsippet i grunnloven § 96.⁴ Det er imidlertid ikke tale om å pålegge noen straffeansvar, selv om

² Ole-Martin Gagnes. *Mange er ute etter blodet ditt*. I: Juristkontakt 3, 2003 s. 6-9

³ Patricia Ann Melson. *Sikrer den giverens integritet eller kommersielle hensyn*. I: Bioingeniøren nr 3, 2004 s. 13-16

⁴ Kongeriget Norges Grundlov, 17de Mai 1814

påtalemyndigheten vinner fram. Forarbeider, rettspraksis med mer vil dermed være av noe større betydning der ordlyden ikke er klar.

Til slutt vil jeg behandle et par unntaksbestemmelser fra taushetsplikten i lov om helsepersonell m.v. av 2. juli 1999 nr. 64 (helsepersonelloven). Lovteksten vil her ha særskilt betydning da det er tale om en ansvarslov. Der loven er uklar må man benytte øvrige rettskilder.

2.2 Forarbeider

De sentrale forarbeidene i forhold til biobankloven er NOU 2001: 19 Biobanker Innhenting, oppbevaring, bruk og destruksjon av humant biologisk materiale og Ot.prp. nr. 56 (2001-2002) Om lov om biobanker (biobankloven). Biobankloven er forholdsvis ny og noe uklar; forarbeidene vil derfor være en viktig rettskilde.

2.3 Rettspraksis

Biobankloven er av nyere dato, det finnes derfor ikke meget rettspraksis som knytter seg til loven. Det eksisterer kun en avgjørelse fra Høyesterett om utlevering av biologisk materiale til bruk i straffesaker, jf Høyesteretts avgjørelse av 1. februar 2006.⁵ Denne kjennelsen er en viktig rettskilde ved tolkning av loven. Forholdet i kjennelsen var at påtalemyndigheten ville ha utlevert biologisk materiale avgitt i forbindelse med kreftbehandling. Personen materiale stammet fra, døde av kreft før saken kom opp. Påtalemyndigheten ønsket materiale utlevert for å sammenligne det med uidentifisert DNA funnet i forbindelse med Nokas-saken. Biobanken der materialet ble oppbevart, nektet å levere ut materiale. Høyesterett kom til at biobankloven § 15 krevde materialgivers samtykke for at påtalemyndigheten kunne få materiale utlevert.

⁵ HR-2006-00187-A

Rt 2005 side 1329 vedrørende utlevering av blodprøveresultat vil også være av betydning når man skal klarlegge rettstilstanden på området. Kjennelsen omtaler ikke biobankloven som sådan, men den tar opp mange av de samme problemstillingene som reiser seg i forbindelse med utlevering av materiale etter biobankloven. Forholdet i saken gjaldt hvorvidt politiet kunne kreve utlevert resultat av blodprøve tatt i forbindelse med medisinsk behandling i et tilfelle der rekvirert prøve for analyse ikke ble tatt i tide. Hjemmelsgrunnlaget var her helsepersonelloven § 12, jf vegtrafikkloven § 22a.

Det samme spørsmålet settes på spissen i en litt annen form i forhold til utlevering av biologisk materiale oppbevart i biobank. I tillegg berører Rt 2005 side 1329 spørsmål angående forholdet til taushetsplikten og beslagsadgangen etter straffeprosessloven. Flertallet i Høyesterett kom til at helsepersonelloven § 12 ikke regulerte spørsmålet, påtalemyndigheten fikk dermed ikke utlevert noen blodprøve. Kjennelsen ble avsagt med dissens.

Også andre avgjørelser vil være av betydning ved drøftelse av de ulike problemstillingene men det er i hovedsak de to ovennevnte som har størst relevans. Den først nevnte avgjørelsen er relativt ny. Hvilken rettskildemessig betydning den vil få er dermed ikke avklart. Det vil bero på fremtidige rettssaker og tolkninger av biobankloven om kjennelsen vil få prejudikatsvirkninger. Rt 2005 side 1329 er også forholdsvis ny, men den er allerede blitt vist til i senere dommer og må dermed sies å ha en viss tyngde som rettskilde.

2.4 Reelle hensyn

Reelle hensyn kan gi et grunnlag til å konstantere lovens formål og bidra til å gi et godt tolkningsresultat. Når det gjelder utlevering av biologisk materiale og opplysninger fra biobank er det særlig to hensyn som står mot hverandre; hensynet til å få oppklart lovbrudd og hensynet til personvern. I Høyesteretts avgjørelse av 1. februar 2006 vises det til reelle hensyn. Siden man er på et område med lite praksis vil reelle hensyn spille inn ved

avgjørelsen av om man skal tillate utlevering av biomateriale til påtalemyndigheten. Også andre hensyn enn de to nevnte vil være relevante. På den ene siden er det viktig å oppnå materielt riktige avgjørelser, samtidig som hensynet til pasientens integritet og tillit til helsevesenet vil være av betydning.

2.5 Etterarbeider

Høyesterett viser i sin avgjørelse av 1. februar 2006 til NOU 2005: 1 God forskning – bedre helse. Her er det fremmet forslag om ny lov om medisinsk og helsefaglig forskning, Den rettskildemessig vekten av etterarbeider er omdiskutert.⁶ Argumenter mot å legge vekt på blant annet etterfølgende uttaleleser fra lovgiver er at dersom Stortinget ønsker å endre en lov må det gjøre det ved lovvedtak. Her er det imidlertid tale om et lovforslag. Det vil ikke ha like stor vekt som en lov i og med at det kun dreier seg om et forslag, og ikke en vedtatt lov. Men det gir uttrykk for hvordan lovutvalget mener at fremtidig rett på området bør være. Det nevnte lovforslaget gir altså en pekepinn på hvordan medisinsk og helsefaglig forskning kan bli regulert i fremtiden.

⁶ Se Torstein Eckhoff. *Rettskildelære*. 5. utg. Oslo 2001, side 95 flg.

3 Straffeprosessloven

3.1 Utgangspunkter, særlig om "ting"

Utgangspunktet for redegjørelsen av rettsstilstanden ved utlevering av biologisk materiale til bruk i straffesaker er straffeprosessloven. I en straffesak vil slikt materiale fungere som bevis. Loven gir blant annet bestemmelser om hva påtalemyndigheten kan ta beslag i, og den regulerer begrensninger i beslagsadgangen. For at påtalemyndigheten skal kunne ta beslag må inngangsvilkårene i §§ 203 og 210 være oppfylt.

Hovedregelen om hva påtalemyndigheten kan kreve utlevert finnes i strpl § 203. "Ting" som antas å ha betydning som bevis kan etter bestemmelsen beslaglegges. Dersom det er tale om et slikt bevis vil det også omfattes av utleveringsplikten etter lovens § 210.

Betydning som bevis har alt som kan kaste lys over spørsmålet om det er begått et straffbart forhold. I tillegg må det foreligge skjellig grunn til mistanke, jf Rt 1998 side 1839. Er det tale om en slik "ting" som §§ 203 og 210 sikter til, og kravet om skjellig grunn til mistanke er oppfylt, kan påtalemyndigheten ta beslag i tingen.

Er biologisk materiale en "ting"? Med uttrykket "ting" forstås gjenstander som løsøre og fast gods. En væske er også en ting i lovens forstand.⁷ Det er også forutsatt i Rt 2005 side 1329 at en blodprøve går inn under bestemmelsens ordlyd. Videre er dette lagt til grunn i Høyesteretts avgjørelse av 1. februar 2006,⁸ som nettopp gjaldt utlevering av biologisk materiale.

⁷ Se Bjerke og Keiserud. *Straffeprosesslovens kommentarutgave*, bind 1. 3. utg. Oslo 2001 s. 710- 711

⁸ Se HR-2006-00187-A

For så vidt det gjelder opplysninger utledet av biomateriale vil disse stort sett være nedtegnet i dokumenter og således være omfattet av strpl § 203. Påtalemyndigheten kan dermed ta beslag i biomateriale og opplysninger utledet av slikt materiale dersom dette må antas å ha betydning som bevis, jf § 203. Ettersom slike opplysninger og materiale omfattes av beslagsadgangen etter § 203, omfattes de også av utleveringsplikten etter lovens § 210. Den foreløpige konklusjonen blir da at biobanken har utleveringsplikt for så vidt det gjelder biomateriale og opplysninger utledet av slikt materiale.

3.2 Begrensninger i beslagsadgangen

3.2.1 Innledning

Det neste spørsmålet i forbindelse med utlevering av materiale og opplysninger fra biobank er hvorvidt det finnes begrensninger i beslagsadgangen og utleveringsplikten etter henholdsvis strpl §§ 203 og 210. Det vil si begrensninger som unntar biobanken fra å levere ut materiale. Etter strpl § 204 kan det ikke tas beslag i ”dokumenter eller annet hvis innhold et vitne kan nekte å forklare seg om etter §§ 117- 121”, og som besittes av den som har rett til å nekte å forklare seg. Det samme følger av lovens § 210 første ledd første punktum. Det er et vilkår for utleveringsplikten at besitter plikter å vitne i saken. Har ikke besitter vitneplikt, kan påtalemyndigheten altså ikke kreve biomateriale utlevert.

3.2.2 Vitneplikt

Bestemmelsene om vitneplikt finnes i straffeprosessloven kapittel 10 om ”Vitner”. Hovedregelen om vitneplikt følger av § 108. Etter denne bestemmelsen har ”enhver” plikt til å møte som vitne og forklare seg for retten. I lovens §§ 117- 125 er det gjort unntak fra vitneplikten. Vitner som faller inn under beskrivelsen i en av disse bestemmelsene kan nekte å forklare seg. Den aktuelle bestemmelsen i forhold til utlevering av biomateriale er strpl § 119.

Bestemmelsen regulerer unntak fra taushetsplikten for bestemte yrkesgrupper. Slike personer står i en særegen stilling da de ofte mottar konfidensielle betroelser i kraft av sitt yrke. Taushetsplikten er ment å verne personene som har betrodd seg, ikke yrkesgruppene. Selv om en person som faller inn under oppregningen i § 119 skulle ønske å vitne, kan retten ikke ta imot en slik forklaring ettersom det er tale om et absolutt forbud, jf ordlyden ”må retten ikke ta imot forklaring”.

3.2.3 Har personell tilknyttet biobank taushetsplikt

Strpl § 119 første ledd gjelder forklaringer om noe som er ”betrodd” visse yrkesgrupper i kraft av deres stilling. Biologisk materiale og opplysninger i biobank vil ofte være betrodd andre enn dem som jobber i biobanken. Biobanker er lagringsplass for slikt materiale. Men i henhold til strpl §§ 204 og 210 er det personell i biobanken som er besitter av materiale.

Spørsmålet er om det får betydning at den som besitter biomateriale etter biobankloven, ikke er den samme personen som opprinnelig ble betrodd materiale. Det følger av oppregningen i strpl § 119 at leger, psykologer, apotekere, jordmødre og sykepleiere er omfattet av taushetsplikten. Leger og sykepleiere ansatt i biobank vil således være unntatt fra vitneplikten. I biobanker vil det imidlertid også være ansatt andre yrkesgrupper, blant annet forskere og bioingeniør, jf biobankloven § 7.

Før jeg tar for meg spørsmålet om bioingeniører mv er omfattet av den yrkesmessige taushetsplikten etter § 119, er det hensiktsmessig å se hvem i biobanken som vil stå ansvarlig for en eventuell utlevering. Hvem som er ”betrodd” materiale eller opplysninger vil kunne variere.

Det følger av lovens § 7 annet punktum at det skal være en behandlingsansvarlig etter helseregisterloven eller personopplysningsloven. Behandlingsansvarlig etter

personopplysningsloven tilsvarer databehandlingsansvarlig etter helseregisterloven.⁹ I følge forarbeidene til biobankloven er det behandlingsansvarlig som avgjør om tilgang til materiale skal gis. Etter biobankloven § 7 første ledd skal det være en ansvarshavende med enten medisinsk eller biologisk utdanning. Ansvarshavende kan være samme person som den behandlingsansvarlige etter personopplysningsloven eller helseregisterloven, men behøver ikke være det.¹⁰ Dersom behandlingsansvarlig er bioingeniør eller forsker, er vedkommende ikke omfattet av oppregningen i § 119 første ledd. Spørsmålet er om denne oppregningen er uttømmende.

3.3 Er oppregningen i strpl § 119 uttømmende?

3.3.1 Ordlyd og formål

Helsepersonell med biologisk utdanning, som ikke er lege eller sykepleiere, er ikke omfattet av yrkesgruppene nevnt i § 119. Det følger av rettspraksis at denne oppregningen er ment å være uttømmende. I Rt 1996 side 464 kom retten til at en tannlege ikke var omfattet av den likelydende bestemmelsen i tvistemålsloven § 205. Etter dette vil heller ikke forskere eller bioingeniører gå under forbudet i strpl § 119.

Yrkesgrupper som ligger nær opp til dem som er nevnt i bestemmelsen, vil imidlertid kunne være unntatt fra vitneplikt etter annet ledd. Det heter her at også underordnede og medhjelpere til profesjonene som er omfattet av oppregningen i første ledd, har vitneforbud. Bioingeniører og forskere vil ofte falle inn under denne bestemmelsen. Bioingeniører vil for eksempel ofte bistå leger og sykepleiere når det tas blodprøver. Men bestemmelsens annet ledd vil ikke omfatte opplysninger som kun er gitt til slikt personell.¹¹ Ansatte i biobank som verken er omfattet av oppregningen i § 119 første ledd eller er medhjelpere, jf annet ledd, vil ha vitnerett og vitneplikt etter bestemmelsens ordlyd.

⁹ Se Ot.prp. nr 56 (2001-2002) kap. 11 s. 51

¹⁰ Se Ot.prp. nr 56 kap. (2001-2002) 8.8.4

¹¹ Se Bjerke og Keiserud. *Straffeprosessloven*. bind 1. 2. utg. Oslo 1996 s. 370

Dette vil kunne føre til forskjellsbehandling da taushetsplikten vil bero på hvilken yrkesstatus personen som er betrodd materiale eller opplysninger, har. Tolkes bestemmelsen strengt etter sin ordlyd, vil det kunne gi svært tilfeldig resultat avhengig av om opplysninger lagret i biobank, er gitt til lege eller bioingeniør. Spørsmålet blir dermed om bestemmelsen må tolkes utvidende til å omfatte også andre yrkesgrupper.

Formålet med bestemmelsen i strpl § 119 er å beskytte fortroligheten mellom de som gir og de som mottar opplysningene. Reglene om taushetsplikt skal sikre at alle får den behandling de trenger. Videre er taushetsplikten et viktig virkemiddel for å kunne ivareta personvernet. Pasienten skal føle seg trygg på at informasjon som gis til lege med mer, blir undergitt konfidensiell behandling. Den som for eksempel har begått en straffbar handling, skal kunne søke legehjelp uten å frykte at dette kan bli brukt mot ham i en senere straffesak.¹² En pasient som betror seg til en lege og samtykker til behandling, kan risikere at prøvene som tas ikke er underlagt taushetsplikt etter strpl § 119 første ledd, dersom disse senere blir behandlet eller lagret i en biobank der behandlingsansvarlig er bioingeniør. Dette vil være i strid med formålet bak § 119, og vil kunne føre til at personer som trenger behandling kvier seg for å oppsøke lege.

Formålet med bestemmelsen taler altså for at også personell tilknyttet biobank som ikke omfattes av oppregningen i strpl § 119, skal ha yrkesmessig taushetsplikt. Sannsynligvis vil det sjelden forekomme at ansatte i en biobank faller utenom ordlyden etter bestemmelsens første og annet ledd. Ordlyden, sammenholdt med Rt 1996 side 464, tilsier imidlertid at dersom dette er tilfellet, vil slikt personell ikke ha taushetsplikt.

¹² Se Bjerke og Keiserud. *Straffeprosesslovens kommentarutgave*. bind 1. 3. utg. Oslo 2001 s. 481 flg

I NOU 1993: 33 ble det foreslått et ensartet regelverk, slik at vitneplikten måtte stå tilbake i forhold til pasientopplysninger offentlig autorisert helsepersonell sitter med.¹³ Dermed ville taushetsplikten få samme innhold og rekkevidde for samtlige offentlig autoriserte helseprofesjonsgrupper. Dette forslaget ble imidlertid ikke tatt til følge i Ot.prp.nr.13 (1998-1999).¹⁴

3.3.2 Rettspraksis

Det finnes en del rettspraksis på området. Rt 1996 side 464 gjaldt tvistemålsloven, men den aktuelle bestemmelsen, tvml § 205, tilsvarer straffeprosessloven § 119. Høyesterett uttalte her: "Det er alminnelig antatt at bestemmelsen ikke brukes analogisk på persongrupper som faller utenfor oppregningen." Videre mente retten at dersom lovgiver hadde ønsket at tannleger skulle være omfattet av vitneforbudet § 205 oppstiller, ville dette vært sagt uttrykkelig.

I Rt 1999 side 1066 var det spørsmål om en person som hadde vært til behandling hos psykiater og psykolog, som part i barnefordelingssak, kunne pålegges å legge fram journal personen hadde i sin besittelse. Retten uttalte her på side 1071: "Siden reglene om forbud mot vitneprov er gitt for å sikre at nærmere bestemte opplysninger ikke kommer ut, må dokumenter som inneholder opplysninger som det er forbudt å motta vitneprov om, nektes fremlagt uten hensyn til hvem som besitter dokumentet." Her legger retten vekt på at bestemmelsen må tolkes i samsvar med formålet bak regelen.

En tilsvarende tolkning av strpl § 119 vil tilsi at dersom en lege har tatt prøver av en pasient, og denne senere er lagret i biobank der behandlingsansvarlig er bioingeniør, vil denne prøven kunne nektes fremlagt som bevis. Imidlertid vil det kunne stille seg

¹³ NOU 1993: 33 Helsepersonells rettigheter og plikter. Utkast til lov med motiver

¹⁴ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) Om lov om helsepersonell m.v (helsepersonelloven)

annerledes dersom det er en bioingeniør som har tatt prøven. Pasienten vil ikke her være beskyttet av ordlyden i § 119. Dette kan fremstå som urimelig da det er de samme opplysningene det er tale om. Likevel vil et slikt resultat være i tråd med avgjørelsen i Rt 1996 side 464.

Rt 1999 side 1066 taler for at bioingeniører og forskere i visse situasjoner bør være omfattet av oppregningen i § 119. Dette gjelder der behandlingsansvarlig er bioingeniør eller forsker og oppbevarer prøver tatt av helsepersonell som er omfattet av oppregningen. Er dette situasjonen, vil prøvene i utgangspunktet være betrodd sykepleier eller lege; det følger av ordlyden i § 119 at vitneforbudet gjelder forklaringer fra visse yrkesgrupper om noe som er betrodd dem i kraft av deres stilling.

Etter Rt 1999 side 1066 har det ingen betydning hvem som er i besittelse av de betrodde opplysningene når saken kommer opp for retten. Vitneforbudet skal sikre at nærmere bestemte opplysninger ikke kommer ut. Hvorvidt en slik tolkning er anvendelig overfor bioingeniører og forskere i biobanker tas det ikke stilling til i Høyesteretts kjennelse av 1. februar 2006. Men ofte vil nok de nevnte yrkesgruppene i en slik situasjon regnes som medhjelpere, jf § 119 annet ledd.

I Høyesteretts avgjørelse av 1. februar 2006 som gjaldt utlevering av biologisk materiale og taushetsplikt etter strpl § 119, er spørsmålet om hvilke yrkesgrupper som er omfattet av bestemmelsen ikke berørt.¹⁵ Førstvoterende uttaler her: ”Uten samtykke fra den som har krav på hemmelighold, forbyr straffeprosessloven § 119 første ledd retten å ta imot forklaring av blant annet helsepersonell om noe som er betrodd dem i deres stilling. Bestemmelsen tar sikte på å beskytte enhver, også den som har begått en straffbar handling, mot spredning av opplysninger gitt til helsepersonell.”¹⁶

¹⁵ Se HR-2006-00187-A

¹⁶ Se avsnitt 21

Høyesterett ser ut til å mene at formålet med strpl § 119 medfører at også helsepersonell som ikke er lege eller sykepleier er omfattet av bestemmelsen. Retten kommenterer ikke om denne tolkningen er i strid med ordlyden. Det er også mulig at retten ikke går nærmere inn på dette da den løser spørsmålet på bakgrunn av biobankloven § 15.¹⁷ Jeg synes ikke det fremgår klart hvorvidt Høyesterett mener det er nødvendig å gå via § 119 for å komme frem til resultatet. Bestemmelsen nevnes, og det følger av strpl § 210 at det kun er personer som har taushetsplikt som er fritatt fra å utlevere ting som kan ha betydning som bevis.

På den annen side uttaler retten: ”Spørsmålet om beslag eller utlevering av humant biologisk materiale fra biobank er nærmere regulert i biobankloven § 15.”¹⁸ Utsagnet kan tolkes i retning av at retten mener at det kun er § 15 i biobankloven som er avgjørende, imidlertid taler bruken av ordet ”nærmere” mot en slik forståelse. Jeg forstår retten slik at man må innom straffeprosessloven §§ 203, 210 og 119, men lovgrunnlaget som hindrer utlevering av biomateriale er biobankloven § 15. Ettersom denne bestemmelsen uansett avskjærer påtalemyndigheten fra å få tilgang til biologisk materiale lagret i biobank, er det for så vidt uten betydning hvilke yrkesgrupper som omfattes av vitneforbudet etter § 119 første og annet ledd.

En annen forklaring på hvorfor Høyesterett ikke drøfter § 119 nærmere, er at det følger av avgjørelsen fra Stavanger tingrett at behandlingsansvarlig i den aktuelle biobanken var sykepleier, og dermed omfattet av oppregningen i § 119.¹⁹ Dette fremgår imidlertid ikke av Høyesteretts avgjørelse av 1.februar 2006, og heller ikke av lagmannsrettens kjennelse, der spørsmålet om utlevering blir drøftet.²⁰

¹⁷ Se Høyesteretts kjennelse av 1. februar 2006 avsnitt 24

¹⁸ Se avsnitt 24

¹⁹ Stavanger tingretts kjennelse av 11. november 2005, saksnr.; 05-142451ENE- SBYR

²⁰ Se Gulating Lagmannsretts kjennelse av 21. desember 2005

Lagmannsretten benyttet samme bestemmelse som begrunnelse for å nekte utlevering, men her ble forholdet til strpl § 119 drøftet. Retten kom til at det personell som nå var i besittelse av biomateriale, måtte identifiseres med dem som opprinnelig tok prøvene, og som går under oppregningen i § 119: ”En annen forståelse, slik politiet anfører, innebærer etter lagmannsrettens vurdering et utilsiktet og tilfeldig unntak fra bestemmelsen og har ikke forankring i de hensyn som begrunner vitneforbudet.” Lagmannsretten mente, i likhet med Høyesterett i Rt 1999 side 1066, at bestemmelsen måtte tolkes utvidende for å ivareta hensynene bak taushetsplikten og forhindre tilfeldige resultat.

Høyesterett slutter seg til lagmannsrettens begrunnelse for så vidt det gjaldt forståelsen av biobankloven § 15. Den uttalte seg derimot ikke om lagmannsrettens tolkning av § 119. Det er vanskelig å si hvilken av de ovennevnte tolkningene av strpl § 119 som Høyesteretts avgjørelse av 1. februar 2006 bygger på. Kjennelsens ordlyd tyder på at retten forutsetter at § 119 kommer til anvendelse på helsepersonell generelt, inkludert forskere og bioingeniører.

Høyesterettsavgjørelsene peker i ulike retninger. Rt 1996 side 494 gjaldt taushetsplikt for tannleger. Dette er en egen profesjon som har eksistert lenge, men som i noen utstrekning skiller seg fra blant annet leger. Det er dermed lite trolig at lovgiver har ment at denne yrkesgruppen skulle omfattes av taushetsplikten i § 205.

Når det gjelder helsepersonell som er ansatt i biobank, er dette en yrkesgruppe som for det første er relativt ny, lovgiver kan dermed vanskelig med vilje ha utelatt denne gruppen helsepersonell. For det andre er den ikke kvalitativt ulik fra for eksempel sykepleiere som omfattes av oppregningen i § 119. Som nevnt under punkt 3.3.1 vil imidlertid forskere og bioingeniører ofte være medhjelpere i forhold til leger og sykepleiere. De vil dermed bli fanget opp av bestemmelsens annet ledd. Dersom personell ansatt i biobank ikke er å regne

som medhjelpere, og heller ikke er lege eller sykepleier følger det av Rt 1996 side 464 at oppregningen i § 119 er ment å være uttømmende. Det gis ingen begrunnelse verken i avgjørelsen eller i forarbeidene for at tannleger er utelatt fra oppregningen. Personer som har begått kriminelle handlinger vil kunne ha behov for å oppsøke tannlege og få behandling, uten å frykte at informasjon som gis kan gå videre.

I følge Andenæs er det vanskelig å se noen reell begrunnelse for denne forskjellen.²¹ En mulig begrunnelse kan være at sjansene er små for at en lovbrøyer skal pådra seg alvorlige helseskader, fordi han unnlater å oppsøke tannlege. Imidlertid er det andre yrkesgrupper som er omfattet av vitneforbudet i § 119 som heller ikke har noen livreddende funksjon.

Straffeprosessloven § 119 er en unntaksregel og lovgiver har sannsynligvis innsnevret vitneforbudet til de yrkesgruppene som etter lovgivers mening er absolutt de nødvendige. Blir regelen for omfattende, vil den kunne miste preg av å være en unntaksregel. Hensyn som taler mot taushetsplikt, kan også ha spilt en rolle ved utarbeidelsen av bestemmelsene i straffeprosessloven kapittel 10. Taushetsplikten hindrer det offentlige innsyn. Det er altså fare for at straffbare forhold ikke blir oppklart på grunn av manglende innsyn. Denne følgen kan delvis forhindres dersom man begrenser omfanget av de som har taushetsplikt for domstolene.

3.3.3 Lovavdelingens uttalelser

Justisdepartementets lovavdeling kom 22. juli 2004 med en uttalelse om tilgang til biologisk materiale og biobankmateriale som grunnlag for DNA- analyser i straffesaker. Her drøftes blant annet forholdet til vitneplikt for biobankpersonell. Lovavdelingen kommer til at forskere og andre tilknyttet en biobank ikke er omfattet av taushetsplikten etter § 119. Dette begrunnes ut i fra ordlyden og med en henvisning til Rt 1996 side 464.

²¹ Se Johs. Andenæs. *Norsk Straffeprosess*, bind 1. Oslo 2000 s. 243

I sin videre drøftelse vurderer Lovavdelingen hvorvidt personell i biobank går under strpl § 118. Bestemmelsen fastslår vitneunntak for personer som er pålagt taushetsplikt som følge av tjeneste for stat eller kommune, med mindre departementet samtykker til at de forklarer seg for retten. Lovavdelingen konkluderer med at biobanker som den store hovedregel vil være å anse som private rettssubjekter, og dermed vil strpl § 118 ikke komme til anvendelse, med mindre biobanken er et forvaltningsorgan.

Personer tilknyttet biobank vil dermed falle utenfor vitenforbudene gjort i straffeprosessloven kapittel 10. Lovavdelingen presiserer imidlertid at det kun kan kreves forklaring om opplysninger vitner allerede sitter inne med, jf strpl § 133. De kan ikke pålegges å fremskaffe nye bevis.” Vitneplikten for personer tilknyttet biobanker vil derfor, slik vi ser det, ha begrenset betydning når det gjelder personidentifikasjon i straffesaker, ettersom det vil kreve en viss undersøkelse av det lagrete biomateriale.”

I følge Lovavdelingen vil det altså ikke ha den store praktiske betydning hvordan man tolker § 119, ettersom retten ikke kan kreve at den som har vitneplikt skal foreta nærmere undersøkelser av biomaterialet. Slik jeg forstår kjennelsen avsagt i forbindelse med Nokas-saken, er spørsmålet om taushetsplikt først og fremst av betydning for hvorvidt materiale kan kreves utlevert. Er vilkårene i §§ 203 og 210 oppfylt, kan biomateriale kreves utlevert. Kommer derimot unntakene oppstilt i §§ 204 og 210 til anvendelse, blir resultatet det motsatte.

I den saken som Høyesteretts avgjorde 1. februar 2006 hadde påtalemyndighetene krevd biomateriale utlevert fra biobanken slik at det Rettsmedisinske institutt skulle kunne foreta en genetisk undersøkelse. Det var altså ikke krav om at biobankens personell skulle forestå nærmere undersøkelser. Spørsmålet om taushetsplikt har således betydning for

beslagsadgangen. Det vil i praksis dermed bli stor forskjell på om personell i biobank er omfattet av vitneforbudet eller ei.

3.3.4 Konklusjon

Rettskildene peker her i ulike retninger. Ordlyden i strpl § 119 sammenholdt med Rt 1996 side 464 og Lovavdelingens uttalelse taler for at personell tilknyttet biobank skal ha vitneplikt. Rt 1999 side 1066 om tvml § 205 taler derimot for at slikt personell skal være omfattet av den yrkesmessige taushetsplikten § 119 oppstiller. Formålet med bestemmelsen og reelle hensyn peker også i den retning. I Høyesteretts avgjørelse av 1. februar 2006 drøftes ikke omfanget til § 119, og det er uklart hvilken konklusjon man kan trekke ut i fra det som uttales om bestemmelsen.

Hvilken vekt skal så de ulike kildene tillegges? Den viktigste rettskilden og utgangspunktet ved tolkning er lovens ordlyd. Den er her klar. I tillegg støttes den av Rt 1996 side 464.

Konklusjonen blir at straffeprosessloven § 119 er uttømmende. Ansatte i biobank som ikke omfattes av oppregning, vil ha vitneplikt, så fremt de ikke regnes som medhjelpere til noen av de nevnte yrkesgruppene i første ledd, jf § 119 annet ledd.

3.4 Er biologisk materiale en slik type opplysning man sikter til i § 119?

3.4.1 Ordlyd og reelle hensyn

Det siste spørsmålet som jeg skal drøfte i forbindelse med strpl § 119, er hvorvidt biologisk materiale passer inn under bestemmelsen. Etter ordlyden forbyr bestemmelsen retten å ta imot forklaring fra visse yrkesgrupper ”om noe som er betrodd dem i deres stilling”. Problemstillingen er om humant biologisk materiale er en slik type informasjon § 119 sikter til?

Rent språklig kan det umiddelbart synes unaturlig å si at biomateriale er en opplysning som er betrodd lege eller sykepleier. Det fremkommer imidlertid av rettslitteratur at de opplysninger en lege selv finner ut ved undersøkelse av en pasient, er omfattet.²² Biomateriale vil fremkomme ved at en lege eller annet helsepersonell tar prøver av en pasient. Dette er således en betroelse.

Og biomateriale vil inneholde mange opplysninger. Hensynet bak § 119 vil dermed gjøre seg gjeldende. Personen biomateriale stammer fra vil, i likhet med pasienter som har betrodd seg om sykdommer og annet til helsepersonell, ha behov for at opplysninger lagret i biomateriale ikke kommer ut.

3.4.2 Forarbeider

Identifiserbart humant biologisk materiale er i forarbeidene til biobankloven definert som ”organer, deler av organer, celler og vev og bestanddeler av slikt materiale fra levende og døde mennesker. I den grad det biologiske materialet er knyttet til identitet (personidentifiserbart), vil opplysninger utledet av materiale også være personopplysninger etter personopplysningsloven”.²³ Forarbeidene peker altså i retning av at biomateriale skal være en type personopplysning som er omfattet av taushetsplikten etter strpl § 119.

3.4.3 Lovavdelingens uttalelse

Lovavdelingen viser også i sin vurdering av tilgang til biologisk materiale til det nevnte utdraget fra forarbeidene.²⁴ I tillegg uttaler Lovavdelingen på side 5: ”I den grad personalet ved biobanken er omfattet av oppregningen i § 119, vil unntaket fra vitneplikten gjelde for

²² Bjerke og Keiserud. *Straffeprosesslovens kommentarutgave*. 1. bind. 3. utg. Oslo 2001 s. 482

²³ Ot. prp. nr. 56 (2001- 2002) kap. 10

²⁴ JDLOV-2004-1843 s. 1

disse personene”. Det utdypes ikke noe mer hvorvidt biomateriale er å regne som en betroelse. Men siden det antas at bestemmelsen kommer til anvendelse på nevnte personale, kan det synes som Lovavdelingen mener at biomateriale faller inn under § 119, jf også sitatet fra forarbeidene.

3.4.4 Rettspraksis

I Høyesteretts avgjørelse av 1. februar 2006 om utlevering av biologisk materiale drøfter ikke Høyesterett problemstillingen. Høyesterett avgjør spørsmålet om utlevering ut i fra biobankloven § 15. Førstvoterende kommenterer kun at strpl § 119 forbyr retten å ta imot forklaring om noe som er betrodd helsepersonell i deres stilling.²⁵ Det ser ut til at retten forutsetter at biomateriale er en slik type opplysning som § 119 sikter til.

Heller ikke i Rt 2005 side 1329 om utlevering av blodprøve drøfter Høyesterett hvorvidt en blodprøve er en slik type opplysning det siktes til i strpl § 199 første ledd. Førstvoterende utaler ”at det i utgangspunktet dreier seg om materiale som er omfattet av taushetsplikt som er beskyttet etter straffeprosessloven § 119”.²⁶ I rettspraksis har man altså antatt at biomateriale er en type informasjon som hører inn under taushetsplikten etter § 119 første ledd.

3.4.5 Konklusjon

Selv om det ikke fremgår klart av ordlyden i § 119 peker en tolkning av bestemmelsen og de øvrige rettskildene i retning av at biomateriale er en type opplysning som omfattes av bestemmelsen. En annen tolkning vil føre til at opplysninger som allerede er utledet av materiale, er unntatt fra beslag mens selve biomaterialet der det kan være lagret desto mer informasjon kan kreves utlevert uten hinder av taushetsplikten.

²⁵ Se for øvrig drøftelsen under punkt 3.2.6

²⁶ Se avsnitt 21

3.5 Samlet konklusjon i forhold til bestemmelsene i straffeprosessloven

Påtalemyndigheten kan ta beslag i og kreve utlevert biologisk materiale oppbevart i biobank jf straffeprosessloven §§ 203 og 210. Imidlertid forhindrer lovens § 119 slikt beslag da påtalemyndigheten ikke kan kreve utlevert bevis fra personer som er omfattet av bestemmelsene om vitneforbud i §§ 117-123. Strpl § 119 første ledd avskjærer retten fra å ta imot forklaring fra visse yrkesgrupper. Etter bestemmelsens annet ledd gjelder det samme for medhjelpere og underordnede. I praksis vil ofte personell i biobank være medhjelpere. Dersom biobankansatte verken går inn under § 119 første eller annet ledd, vil de ikke være omfattet av vitneforbudet bestemmelsen oppstiller.

4 Biobankloven

4.1 Innledning

Det neste spørsmålet i forhold til den overordnede problemstillingen er hvorvidt det finnes begrensninger i taushetsplikten etter strpl § 119 første ledd og annet ledd. Det vil si begrensninger som gjør at taushetsplikten likevel ikke kommer til anvendelse, slik at biomateriale må utleveres. Dersom det er tale om ansatte i biobank som ikke faller inn under bestemmelsen om vitneforbud i § 119, blir spørsmålet om det finnes andre bestemmelser som hindrer påtalemyndigheten fra å ta beslag i biomateriale.

Jeg har valgt å starte denne drøftelsen i biobankloven i og med at den regulerer lagring og oppbevaring av biologisk materiale. Kapittel 3 i biobankloven regulerer informasjon og samtykke. Det er samtykkebestemmelsene som er interessante i denne sammenhengen.

4.2 Hovedregelen i § 15

4.2.1 Lovteksten

Hovedregelen om andres tilgang til biomateriale oppbevart i biobank, samt opplysninger som inngår i en forskningsbiobank, er § 15. Vilkåret for å gi andre tilgang til slikt materiale er at det foreligger samtykke fra materialeleverer i samsvar med lovens §§ 11-13, jf § 15 første ledd første punktum. Biobankloven § 11 regulerer samtykke for diagnostiske biobanker og behandlingsbiobanker, mens lovens § 12 regulerer samtykke i forhold til forskningsbiobanker.

En pasient som samtykker til helsehjelp, samtykker samtidig til at humant biologisk materiale kan oppbevares i diagnostisk biobank og behandlingsbiobank. Dette følger av

ordlyden i § 11; ”Samtykke til helsehjelp etter pasientrettighetsloven §§ 4-1 og 4-2 omfatter også innhenting, oppbevaring og behandling av humant biologisk materiale”.²⁷ Det er etter pasientrettighetsloven § 4-2 tilstrekkelig med stilletende samtykke.²⁸

Kravene til samtykke etter biobankloven § 12 er noe strengere. Her kreves ”frivillig, uttrykkelig og informert” samtykke fra avgiver med mindre det foreligger ”særskilt lovhjemmel eller annet gyldig rettsgrunnlag”. Det er altså ikke tilstrekkelig med stilletende samtykke der biomateriale skal benyttes til forskningsformål.

Spørsmålet er om § 15 regulerer tilgang til biomateriale for påtalemyndigheten eller om den kun er ment å gjelde utlevering til andre formål; i hovedsak forskning. Bestemmelsen er av generell karakter og nevner ikke spesifikt utlevering til bruk i rettergang. Det er videre ikke nevnt noe om dette i bestemmelsene om samtykke. Biobankloven § 15 sett i sammenheng med § 11-13, kan tyde på at formålet med bestemmelsen kun er å sikre at materialgiver samtykker ved utlevering til forskningsformål. På den andre siden er ikke påtalemyndighetens tilgang til biobanker unntatt fra bestemmelsen. Det står kun at det kreves samtykke for at andre skal få tilgang til biomateriale, det er ikke nærmere spesifisert i hvilke tilfeller materialgiver må samtykke. Ordlyden i seg selv tilsier dermed at bestemmelsen også regulerer påtalemyndighetens tilgang til humant biologisk materiale i biobank og opplysninger i forskningsbiobank.

4.2.2 Lovens forarbeider

I forarbeidene til biobankloven drøftes ikke spørsmålet om utlevering vedrørende identifisering av personer i straffesaker. Forarbeidene ser i hovedsak ut til å rette seg mot utlevering i forskningsøyemed. I Ot.prp. nr. 56 (2001-2002) kapittel 8.8.4 heter det: ”Et

²⁷ Dersom avgiver ikke har samtykkekompetanse etter pasientrettighetsloven § 4-3 kommer lovens §§ 4-4 til 4-8 om samtykke på vegne av andre til anvendelse.

²⁸ Lov om pasientrettigheter av 2. juli 1999 nr. 63

viktig formål med å gi andre tilgang til biobankmateriale er muligheten til å utnytte eksisterende biobanker til forskning for utvikling av ny kunnskap.” Videre står det: ”Departementet er enig med utvalget i at en biobanklov må legge til rette for at andre enn den som har samlet inn det biologiske materiale, skal kunne få tilgang til materialet.”

Dette kan i seg selv tale for at påtalemyndigheten bør få adgang til biomateriale. Imidlertid er det presisert at man ved utformingen av § 15 ikke har ment å ta stilling til de straffeprosessuelle sidene vedrørende andres tilgang til biomateriale oppbevart i biobank.²⁹ Uttalelsen utelukker ikke at § 15 regulerer påtalemyndighetens adgang til biomateriale; utvalget sier kun at problemet ikke vil bli nærmere diskutert i forarbeidene. Forarbeidene til biobankloven gir ikke et klart svar på hvordan bestemmelsen er å forstå i forhold til problemstillingen.

4.2.3 Etterarbeider og reelle hensyn

I Høyesteretts avgjørelse av 1. februar 2006, som omhandler utlevering av biomateriale, vises det til NOU 2005: 1 God forskning – bedre helse. Her er det fremmet forslag om ny lov om medisinsk og helsefaglig forskning, men den inneholder ingenting om utlevering av biomateriale og opplysninger til straffeformål. Likevel benytter Høyesterett det for å understreke de sterke reelle hensyn retten mener taler for at biomateriale ikke kan kreves utlevert for bruk i rettergang. I likhet med forarbeidene til biobankloven retter problemstillingene i det nevnte lovforslaget seg først og fremst mot forskning.

Er så utlevering til henholdsvis rettsvesenet og forskning sammenlignbart? Er det de samme hensyn som gjør seg gjeldende, særlig med tanke på hvilke krav som bør stilles til samtykke. Førstvoterende i Høyesteretts avgjørelse av 1. februar 2006 peker på at man må være ekstra forsiktig med å utlevere biologisk materiale ettersom slikt materiale står i en

²⁹ Se NOU 2001: 19 s. 23 og Ot.prp. nr. 56 (2001-2002) s. 48

særstilling ”ved at analyser nå, og spesielt i lys av framtidig kunnskap med hittil ukjente metoder, kan gi tilgang til opplysninger om personer, jf. NOU 2005: 1 side 185 annen spalte”. Når det gjelder utlevering til rettsvesenet kan sannsynligvis dette problemet unngås ved at man setter som vilkår for utlevering at biomateriale leveres tilbake eller destrueres etter at det har tjent sin nytte.

Det følger også av biobankloven § 15 første ledd at tilgang til materiale kan skje ved at det stilles til rådighet eller utlånes. Fremtidige analyser av materiale vil dermed ikke bli aktuelt. Videre vil stort sett materialelever, som deltar i forskningsprosjekter, sette som vilkår at det biologiske materiale anonymiseres. I en slik sammenheng vil det være mer betenkelig at det i framtiden vil være mulig å utlede personlige opplysninger av biologisk materiale. Personer som har deltatt i forskning kan risikere at eventuelle ømfintlige opplysninger om dem blir kjent.

NOU 2005: 1 nevner også andre hensyn som tilsier at utlevering av biomateriale til forskning er vesensforskjellig fra utlevering til rettergang. Det strenge samtykkekravet som oppstilles, er blant annet begrunnet i at forskning kan medføre ikke ubetydelige fysiske inngrep, det være seg operative inngrep, injeksjoner eller inntak av legemidler.³⁰ Dersom det er tale om å teste ut virkningen av for eksempel et legemiddel, vil personene i prøveprosjektet være villige til å innta middelet, og eventuelt ta prøver for å se hvordan kroppen reagerer på medisinen. Slike inngrep vil ikke være aktuelle ved utlevering av biomateriale til bruk i rettergang. Her vil det kun være aktuelt å kreve utlevert prøver som allerede er tatt; det kreves ingen fysiske inngrep. Andre hensyn vil imidlertid slå til både ved utlevering av biomateriale til bruk i forskning og utlevering til bruk i rettergang. Hensynet til personvern tillegges vekt både av Høyesterett og i forarbeidene. Personvern hensyn vil muligens veie enda tyngre der det er tale om å utlevere biomateriale til bruk i en straffesak.

³⁰ NOU 2005: 1 kap. 27.2

Etter NOU 2001: 19 kapittel 5 bør driften av biobanker være preget av omsorg og tillitt. Det er vel grunn til å tro at tillitten til helsevesenet, særlig for dem som har begått straffbare handlinger, vil bli svekket dersom biobanken får anledning til utlevere biomateriale til rettsvesenet. Det er mulig å trekke paralleller mellom det nevnte lovforslaget og forarbeidene og den aktuelle problemstillingen. Noen hensyn vil ikke slå til, mens andre vil være aktuelle. For eksempel vil hensynet til personvern veie tungt, mens begrunnelsen for et strengt samtykkekrav på grunn av fysiske inngrep, ikke vil være aktuelt. Hvor tungt de ulike hensynene skal veie, vil bero på hvor klare de øvrige rettskildene er.

4.2.4 Rettspraksis og reelle hensyn

Ettersom biobankloven er av nyere dato finnes det per i dag kun en Høyesterettsavgjørelse som omhandler utlevering av biomateriale til bruk i straffesaker. I sin avgjørelse av 1. februar 2006 avgjorde Høyesterett spørsmålet med grunnlag i biobankloven § 15. Høyesterett sluttet seg til lagmannsrettens forståelse av bestemmelsen. Lagmannsretten uttalte at ”§ 15 ikke gir hjemmel for utlevering av humant biologisk materiale i biobank i forbindelse med en straffesak eller annet, med mindre materialgiver samtykker til dette og vilkårene i bestemmelsen for øvrig er til stede.” Videre uttalte førstvoterende i Høyesterett: ”Etter min mening må § 15 forstås slik at den gjelder all utlevering av biologisk materiale til andre enten det er til medisinsk bruk, forskning eller under rettergang eller annen ikke-medisinsk bruk.”³¹ Høyesterett begrunnet avgjørelsen ut i fra bestemmelsens ordlyd og reelle hensyn.

Når det gjelder forarbeidene, nevnte retten at spørsmålet er ansett å ligge utenfor biobanklovutvalgets mandat, og at det ikke er omtalt i proposisjonen.³² Retten drøftet ikke hvorvidt dette kunne tale mot å tolke § 15 dit hen at den også gjelder utlevering til bruk i

³¹ Se avsnitt 28

³² Høyesteretts avgjørelse av 1. februar 2006 avsnitt 27

straffesaker. Forarbeidene er tillagt liten vekt av Høyesterett; dette kan skyldes at de i liten grad klargjør hvorvidt biomateriale kan beslaglegges til bruk i rettergang.

Derimot ser reelle hensyn ut til å veie tungt. Særskilt hensynet til personvern trekkes frem. Hensynene som nevnes underbygger at samtykkekravet § 15 oppstiller, bør gjelde også ved utlevering til bruk i straffesaker. Høyesterett kom ikke inn på eventuelle hensyn som kan tale mot at bestemmelsen omfatter påtalemyndighetens tilgang til biomateriale. For eksempel nevnes ikke hensynet til å få oppklart lovbrudd, eller hensynet til å få en korrekt og rettferdig rettergang. Årsaken til dette kan være at Høyesterett mener at lovbestemmelsen er så klar at det ikke har noen betydning hvilke mothensyn som kan anføres.

Man kan imidlertid spørre seg hvor langt man skal gå for å verne kriminelle. Dersom en person er mistenkt for en kriminell handling, bør man ikke da kunne benytte de hjelpemidler man har til rådighet for å få den skyldige dømt? Hensynet til at lovbrudd skal bli oppklart, er ikke drøftet i forarbeidene til biobankloven § 15. Disse hensyn står mot hensynet til en åpen kommunikasjon mellom pasient og helsevesenet. En åpen kommunikasjon sikrer at folk tør å oppsøke lege, selv om de har begått ulovlige handlinger. I tillegg medvirker kravet om samtykke til at pasienter ikke holder noe tilbake i frykt for at dette skal bli fortalt videre. Dette medvirker igjen til at pasienten kan få best mulig behandling da legen kjenner til hele sykdomsbildet og pasientens historie.

Det er mulig lovgiver har gjort tilgangen til biomateriale i biobank vanskelig da det finnes andre bestemmelser som gir politiet mulighet til å få tak i DNA. Etter straffeprosessloven § 157 første ledd har påtalemyndigheten adgang til blant annet å ta blodprøver av den som ”med skjellig grunn mistenkes for en handling som etter loven kan medføre frihetsstraff”. I tillegg finnes det unntak fra taushetsplikten i helsepersonelloven. Det fremgår imidlertid av Høyesteretts avgjørelse av 1. februar 2006 at disse sannsynligvis ikke kommer til

anvendelse på biomateriale i biobank. Men det kan tenkes ulovfestede unntak fra denne bestemmelsen, jf Lovavdelingens uttalelse fra 7. juli 2004.

Biobankloven står i en særstilling da den regulerer oppbevaring av humant biologisk materiale som kan gi tilgang til en rekke opplysninger. Førstvoterende understreker at humant biologisk materiale er ”vesensforskjellig fra helseopplysninger inntatt i dokument eller annet”.³³ Høyesterett mener altså at man må forta et skille mellom selve det biologiske materialet og de nedskrevne opplysningene.

Spørsmålet er om dette fører til at § 15 må tolkes ulikt avhengig av om det er tale om å utlevere opplysninger eller biologisk materiale. Kjennelsen gjelder kun utlevering av biomateriale. Etter biobankloven § 15, jf § 12 må materialgiver samtykke også dersom andre skal få tilgang til opplysninger i en forskningsbiobank. Førstvoterende mener imidlertid at biomateriale må behandles med særskilt varsomhet ettersom det kan utledes nye opplysninger fra dette materiale. De reelle hensyn retten legger vekt på, er dermed ikke like aktuelle i forhold til opplysninger lagret i en forskningsbank. For øvrig ser det ut til at retten anser ordlyden i § 15 som helt klar, dermed regulerer bestemmelsen også utlevering av opplysninger lagret i forskningsbiobank til bruk i rettergang. I tillegg sier Høyesterett at behovet for personvern er ”spesielt” sterkt når det gjelder biologisk materiale. Dette hensynet vil altså også være aktuelt ved utlevering av opplysninger, men ikke vektlegges like tungt.

Det er kun Høyesteretts avgjørelse av 1. februar 2006 som tar stilling til hvordan biobankloven § 15 er å forstå. I og med at det er en avgjørelse av nyere dato vil det bero på etterfølgende praksis hvilken betydning den vil få. Som en Høyesterettsavgjørelse er den

³³ Se HR-2006-00187-A, avsagt 1. februar 2006, avsnitt 29 jf NOU 2001: 19 s. 99 første spalte. Hva som menes med ”annet” kommer ikke retten nærmere inn på. Sannsynligvis sikter førstvoterende her til journaler og EDB programmer med mer.

imidlertid en viktig rettskilde, og i følge kjennelsen setter § 15 krav til materialgivers samtykke både når det gjelder utlevering av biomateriale og opplysninger i forskningsbiobank til bruk i straffesak.

4.2.5 Lovavdelingens uttalelse

Lovavdelingens uttalelse fra 22. juli 2004 omhandler tilgang til humant biologisk materiale i biobank, herunder biobankloven § 15. Lovavdelingen konkluderer med at bestemmelsen ikke gir hjemmel for ”regulær tilgang til humant biologisk materiale lagret i biobanker for personidentifikasjonsformål i forbindelse med straffesaker.”³⁴ De strenge samtykkevilkårene § 15 oppstiller er, i følge Lovavdelingen, begrunnet i at biobanken ikke anses for å ha overtatt eiendomsretten til materialet.

Det følger av både forarbeidene til biobankloven og av RG. 2000 side1010 at det er mest naturlig å snakke om en disposisjonsrett i forhold til biologisk materiale. I RG. 2000 side1010, på side 1027 uttales det: ”I den grad det kan opereres med eiendomsrett til biologisk materiale, må denne slik retten ser det, i utgangspunktet tilkomme de personer materiale skriver seg fra”. Det følger imidlertid av NOU 2001: 19 kapittel 5.1.8 at biomateriale ikke kan eies i juridisk forstand, verken av forskere, sykehus eller den personen materiale stammer fra. Men på bestemte vilkår kan man få avgrenset disposisjonsrett til materiale. Dette medfører at personer kan motsette seg uønsket forskning, og kreve det biologiske materiale og opplysninger tilbakelevert.³⁵

Det er tale om en disposisjonsrett i forbindelse med forskning, men de samme hensyn må gjelde også ved utlevering til andre formål. Kan avgiver motsette seg at biomateriale blir benyttet til uønsket forskning, må det samme være tilfelle med utlevring til

³⁴ Se s. 2, avsnitt sju under ”I Tilgang til humant biologisk materiale”

³⁵ Se NOU: 19 kap. 5.1.8

påtalemyndigheten. Det følger ikke direkte av biobankloven hvem som har eiendoms eller disposisjonsrett til humant biologisk materiale. Men § 15 setter grenser for hva materiale kan benyttes til uten materialgivers samtykke.

Biobankloven § 15 må altså tolkes slik at den omfatter utlevering av materiale til bruk i rettergang ettersom det er materialgiver som, i kraft av disposisjonsretten, bestemmer hva biomateriale skal benyttes til. Bestemmelsen sett i sammenheng med denne retten setter dermed grenser for hva biomaterialet kan benyttes til. Uttalelsen fra Lovavdelingen kan tyde på at departementet mener at bestemmelsens ordlyd i seg selv ikke er tilstrekkelig klar til å fastslå at den regulerer utlevering til påtalemyndigheten. Bestemmelsen blir først klar når man leser den på bakgrunn av hvem som har disposisjonsretten til materialet.

4.2.6 Konklusjon

Verken NOU 2001: 19, Ot.prp. nr. 56 (2001- 2002) eller NOU 2005: 1 gir et klart svar på hvordan biobankloven § 15 er å forstå i forhold til straffeprosessuelle spørsmål. De nevnte forarbeidene retter seg i hovedsak mot utlevering av biomateriale til forskningsformål. Noen av de samme hensynene gjør seg gjeldene her som ved utlevering til rettsvesenet, og noen hensyn er ikke aktuelle. Bakgrunnen for straffeprosessloven § 119, nemlig at den som har begått en straffbar handling skal kunne søke legehjelp uten å frykte at dette vil kunne skade vedkommende i en senere straffesak, vil imidlertid miste sin betydning dersom § 15 ikke regulerer også rettsvesenets adgang til biomateriale. I tillegg peker de øvrige kilder i denne retning. Ordlyden er relativt klar, den krever samtykke for at ”andre” skal få adgang til biomateriale i biobank. Videre følger det av rettspraksis at bestemmelsen omfatter slik utlevering. Det samme kommer Lovavdelingen til. Dermed blir konklusjonen at det kreves samtykke fra materialgiver for at påtalemyndigheten kan kreve utlevert biomateriale lagret i biobank.

4.3 Forholdet mellom biobankloven § 15 og straffeprosessloven § 119

Jeg har hittil konkludert med at både straffeprosessloven § 119 og biobankloven § 15 kan forhindre påtalemyndigheten i å ta beslag i biologisk materiale lagret i biobank. Er det nødvendig å drøfte biobankloven § 15 for å fastslå at påtalemyndigheten ikke kan kreve utlevert slik materiale, når dette blir resultatet også etter bestemmelsen i straffeprosessloven?

Det følger av biobankloven § 3 og Ot.prp. nr. 56 (2001-2001) side 48 at biobankloven går foran annen lovgivning for så vidt det gjelder andres tilgang til biologisk materiale i biobanker. Det følger også indirekte av Rt 2005 side 1329 at lovgivning som gjør unntak fra vitneforbudet går foran § 119. Videre synes det som Høyesterett i avgjørelsen av 1. februar 2006 forutsetter at biobankloven § 15 går foran straffeprosessloven § 119.

Førstvoterende går ikke nærmere inn på forholdet mellom de to bestemmelsene, men etter å ha nevnt hva som følger av § 119 uttaler han: ”Spørsmålet om beslag eller utlevering av humant biologisk materiale fra biobank, er nærmere regulert i biobankloven § 15”, jf avsnitt 24. Ingen av de to kjennelsene sier direkte noe om forholdet mellom strpl § 119 og øvrig lovgivning som regulerer utlevering av biomateriale, men det fremgår at slik lovgivning vil være *lex specialis* i forhold til bestemmelsen.

Det følger også av biobankloven § 3 at dette er tilfellet når det er tale om utlevering av biologisk materiale. Andenæs uttaler følgende: ”Det finnes i lovgivningen mange bestemmelser som gjør unntak fra taushetsplikten, eller direkte pålegger vedkommende å gi opplysninger. Slike regler går foran bestemmelsene i strpl. § 119; dette er det betraktet som overflødig å si (Innst. s. 202)”.³⁶

³⁶ Johs. Andenæs. *Norsk straffeprosess*, bind 1. 3. utg. Oslo 2000 s. 241

5 Unntak fra taushetsplikten

5.1 Innledning

Som det framgår av drøftelsen under kapittel 4.2 hindrer biobankloven § 15 påtalemyndigheten fra å ta beslag i biomateriale i biobank.. Det følger av biobankloven § 16 at reglene om taushetsplikt i helsepersonelloven gjelder tilsvarende for ansatte i biobank. Helsepersonelloven kapittel 5 gjør flere unntak fra taushetsplikten. Høyesterett uttaler imidlertid i sin avgjørelse av 1. februar 2006 at disse unntakene ikke kommer til anvendelse på biomateriale i biobank. Men retten avgjør ikke spørsmålet om utlevering av opplysninger i fra forskningsbiobank.

I forhold til utlevering av slik informasjon kan dermed unntakene komme til anvendelse. I tillegg er spørsmålet lite utførlig behandlet av Høyesterett. Man vet heller ikke hva retten ville uttalt om problemet dersom det hadde blitt satt på spissen. Jeg finner det derfor hensiktsmessig å drøfte unntaksbestemmelsene i helsepersonelloven i forhold til opplysninger og biomateriale lagret i henholdsvis forskningsbiobank og de øvrige biobanker.

Unntakene vil dessuten komme til anvendelse på opplysninger utledet av biomateriale som er avgitt for medisinsk undersøkelse, diagnostikk og behandling. Dette følger av en antitetisk tolkning av biobankloven § 2 første ledd. Videre heter det i § 3 at slik informasjon vil være regulert av blant annet helsepersonelloven. Opplysninger som er ment for de nevnte formål, vil dermed ikke være omfattet av biobankloven.

Det følger av hovedregelen i § 21 at helsepersonell skal ”hindre at andre får adgang eller kjennskap til opplysninger om folks legems- eller sykdomsforhold eller andre personlige forhold som de får vite om i egenskap av å være helsepersonell”. De aktuelle unntaksreglene, i forhold til problemstillingen, er helsepersonelloven § 23 nr. 4 og § 24. Den først nevnte bestemmelsen gjør unntak fra taushetsplikten når ”private eller offentlige interesser gjør det rettmessig å gi opplysningene videre”. Helsepersonelloven § 24 gir adgang til å fravike taushetsplikten etter en persons død ”dersom vektige grunner taler for dette”. Spørsmålet er om bestemmelsene kommer til anvendelse når påtalemyndigheten vil ha utlevert opplysninger for å oppklare et straffbart forhold, og finne den skyldige. Jeg vil først behandle § 23 nr. 4 (punkt 5.2) deretter § 24 (punkt 5.3).

I tillegg til helsepersonelloven er det gjort unntak fra taushetsplikten i straffeprosessloven § 119 tredje ledd. Vitneforbudet i bestemmelsens første ledd faller bort der ”forklaringen trengs for å forebygge at noen uskyldig blir straffet”. Dette vil jeg behandle i punkt 5.4.

5.2 Helsepersonelloven § 23 nr. 4

5.2.1 Ordlyd

Vilkåret etter § 23 nr. 4 er at ”tungtveiende offentlige eller private interesser gjør det ”rettmessig” å fravike taushetsplikten. Uttrykket viser til en interesseavveielse.

Bestemmelsen er en videreføring av rettsstridsreservasjonen i den tidligere legeloven § 31 annet ledd.³⁷

En tilsvarende rettsstridsreservasjon finnes i straffeloven § 144, som statuerer straffeansvar for blant annet leger, psykologer, jordmødre og sykepleiere for brudd på taushetsplikten.

³⁷ Lov av 13. juni 1980 nr. 42 om leger (legeloven)

Paragrafen rammer den som ”rettsstridig åpenbarer hemmeligheter”. En ellers straffbar handling kan ikke straffes dersom den etter en helhetsvurdering fremstår som rettmessig. Selv om de objektive og subjektive vilkårene for å ilegge straff foreligger, vil handlingen etter en helhetsvurdering kunne fremstå som rettmessig. Det vil si at de hensyn som veier for å utlevere opplysninger er vesentlig tyngre enn de som taler mot.

Etter helsepersonelloven § 31 har helsepersonell en plikt til å gi opplysninger når det er nødvendig for å ”avverge alvorlig skade på person eller eiendom”. Tilsvarende krav er ikke oppstilt i § 23 nr. 4. Det er imidlertid noe uklart hvor grensen mellom de to bestemmelsene går. For å finne ut hva som nærmere ligger i interesseavveiningen må man se på de øvrige rettskildene.

5.2.2 Forarbeider

Den tidligere legeloven § 31 annet ledd gjorde unntak fra taushetsplikten dersom det av ”andre særlige grunner må anses rettmessig å meddele opplysninger som er underlagt taushetsplikt”, jf Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 95. I Ot.prp. nr. 1 (1979-1980) heter det om § 31 annet ledd: Denne ”reservasjonen omfatter høyst forskjellige forhold. ... Ved avgjørelsen av innholdet av denne bestemmelsen vil man i høy grad måtte støtte seg til faglig-etisk syn innen legestanden”. Begrunnelsen for å erstatte formuleringen ”særlige grunner” var ønsket om å tydeliggjøre interesseavveiningen.³⁸

I Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 228 uttales det om helsepersonelloven § 23 nr. 4: ”Hensynene som taler for å bryte taushetsplikten, må veie vesentlig tyngre enn hensynet som taler for å bevare taushet, i alminnelighet vil det være nødrettsbetraktninger. Det vil være tilfeller hvor videreformidling av informasjon er egnet til å motvirke skader av et visst

³⁸ Befring og Ohnstad. *Helsepersonelloven – med kommentarer*. 2. utg. Bergen 2001 s. 133

omfang, for eksempel hvis et helsepersonell får kunnskap om at en pasient er en kriminell som er til fare for sine omgivelser. Derimot vil ikke ethvert brudd på straffelovgivning tilsi at taushetsplikten må vike. ... Det er antatt at taushetsplikten først kan vike hvis det dreier seg om grov legemsbeskadigelse etter straffeloven.” Videre heter det: ”I disse situasjoner settes taushetsplikten til side av hensyn til å motvirke risiko for alvorlig skade på andre mennesker. Denne risiko må anses som en mer tungtveiende interesse enn taushetsplikten.”

I tilfeller der påtalemyndigheten krever utlevert opplysninger om en mistenkt person i forbindelse med en straffesak, vil det altså være avhengig av hva slag straffbart forhold det er tale om. I tillegg heter det at det i ”alminnelighet vil være nødrettsbetraktninger”. Etter vanlige nødrettsbetraktninger, jf straffeloven § 47, innebærer dette at opplysninger bare kan meddeles dersom dette er nødvendig for å avverge en overhengende fare, som ikke kan avverges på annen måte. Videre er det et vilkår at den interessen som tilgodeses, er betydelig viktigere enn de rettigheter som krenkes ved at helsepersonell meddeler opplysninger. Det skal altså mye til for at påtalemyndigheten kan kreve utlevert opplysninger etter denne bestemmelsen. Dette er naturlig konsekvens, da det er tale om en unntaksregel. Dessuten er taushetsplikten ansett som et meget viktig prinsipp innenfor helsevesenet.

I Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) uttales at § 23 nr. 4 kan komme til anvendelse dersom en pasient er alkoholpåvirket, men likevel har tenkt å kjøre bil: ”I disse situasjoner settes taushetsplikten til side av hensyn til å motvirke risiko for alvorlig skade på andre mennesker.”

5.2.3 Rettspraksis

Det finnes ikke særlig rettspraksis knyttet til helsepersonelloven § 23 nr. 4. Derimot er det en omfattende rettspraksis rundt den tidligere § 31 i legeloven. Imidlertid tar ikke disse

avgjørelsene opp spørsmålet om hvor tungtveiende interesser som må til for at det skal bli rettmessig å utlevere opplysninger til påtalemyndigheten.

Helsepersonelloven § 23 nr. 4 er nevnt både i Rt 2005 side 1329 og i Høyesteretts avgjørelse av 1. februar 2006, men den hadde ikke betydning for resultatet i noen av de to avgjørelsene. Rt 2005 side 1329 gjaldt hvorvidt politiet kunne kreve utlevert resultatet av en blodprøve der rekvirert prøve ble tatt for sent, jf helsepersonelloven § 12. Høyesterett tok ikke her stilling til § 23 nr. 4 da lagmannsretten ikke fikk seg forelagt andre unntak fra taushetsplikten enn helsepersonelloven § 12. Det er mulig at denne bestemmelsen kunne vært anvendelig i saken; dette syn understrekes av at førstvoterende viser til bestemmelsen uten at det strengt tatt er nødvendig. I tillegg mener en dissenterende dommer at politiet bør få utlevert resultatet av blodprøven da en annen tolkning av § 12 vil føre til en tilfeldig fordel for personen mistenkt for promillekjøring. Hadde § 23 nr. 4 blitt anført, ville problemstillingen blitt hvorvidt hensynet til å få klarhet i om det var begått et lovbrudd, er en slik tungtveiende interesse, som i dette tilfellet ville gjøre det rettmessig å fravike taushetsplikten.

Høyesteretts avgjørelse av 1. februar 2006 gjaldt utlevering av biologisk materiale som politiet ville ha tak i for å sammenligne med uidentifisert DNA på ransutstyr. Retten tok ikke stilling til rekkevidden av § 23 nr. 4 da den mente at bestemmelsen ikke kom til anvendelse. Uttalelsene i forarbeidene om at bestemmelsen bygger på nødrettsbetraktninger, tilsier imidlertid at vilkårene for å benytte § 23 nr. 4 ikke er oppfylt i et tilfelle som dette. Det er ikke tale om å avverge en straffbar handling, men å oppklare et ran.

5.2.4 Lovavdelingens uttalelser

Justisdepartementets lovavdeling ga i en uttalelse fra 1982 sitt syn på spørsmålet om en lege kunne fortelle politiet hvem som satt bak rattet i en bil som hadde kjørt utfor veien, jf brev av 9. august 1982. Uttalelsen ble gitt med henvisning til legeloven § 31 annet ledd.

Selv om både sjåfør og passasjer var påvirket, kom Lovavdelingen til at bestemmelsen ikke var anvendelig. Dersom man sammenligner den tenkte problemstillingen i punkt 5.2 med Lovavdelingens uttalelse, ville sannsynligvis § 23 nr. 4 ikke ført fram. Det er ikke tale om å avverge en farlig situasjon eller motvirke skader av et visst omfang, jf Ot.prp. nr. 13 (1998-1999). Selv om det er begått brudd på straffelovgivning vil taushetsplikten veie tyngre i en slik situasjon.

Den samme uttalelsen taler mot å benytte bestemmelsen i en slik sak som Høyesteretts avgjørelse av 1. februar 2006. Dette vil kunne stille seg annerledes der det er fare for at en uskyldig blir dømt. Her vil den mistenktes interesse av å ikke bli uskyldig dømt, sannsynligvis veie vesentlig mer enn helsepersonellens taushetsplikt. Imidlertid finnes det en egen bestemmelse som omfatter nettopp denne situasjonen i straffeprosessloven § 119 siste ledd. Det vil dermed være mer nærliggende å benytte denne dersom dette problemet skulle aktualiseres.

Lovavdelingens uttalelse 17. januar 1983 gjaldt omfanget av legers taushetsplikt overfor politiet i narkotikasaker. Uttalelsen gjaldt her rekkevidden av legeloven § 31 annet ledd. Hensynet til at ingen bør unnlate å oppsøke lege, ble tillagt stor vekt. Legen vil i utgangspunkt ha taushetsplikt om begåtte lovbrudd. Imidlertid uttales det: "Spørsmålet om taushetsplikt kommer i en annen stilling i en akutt situasjon hvor andre personers liv står på spill. I slike situasjoner må det antas at opplysninger kan gis ut fra rene nødrettsbetraktninger."

Lovavdelingens uttalelse fra 22. juli 2004 omhandler utlevering av humant biologisk materiale til bruk i straffesaker. Her drøftes § 23 nr. 4 da Lovavdelingen mener taushetspliktbestemmelsene i helsepersonelloven kan få betydning for personell tilknyttet biobank dersom ansatte blir innkalt som vitne i en eventuell straffesak. Det vises til hva som er sagt om bestemmelsen i forarbeidene, i tillegg vises det til rettspraksis og Lovavdelingens uttalelse av 30. juni 1988. Både Høyesteretts kjennelsen avsagt 21. juni

1990 og uttalelsen som omtales, dreier seg om legers taushetsplikt i forhold til pasienter smittet av HIV. Lovavdelingen konkluderer med at taushetsplikten må vike i saker der det er fare for andre personers liv og helse; men ikke dersom det er tale om å legge frem opplysninger for å underbygge et erstatningssøksmål mot staten.³⁹

Det skal altså svært mye til for at helsepersonell kan fravike taushetsplikten med hjemmel i § 23 nr. 4, i forhold til personer som har overtrådt straffeloven. Lovavdelingen uttalte seg også om biobankloven § 15 i uttalelsen av 22. juli 2004. Det finnes ingen lovfestede unntak fra denne bestemmelsen, men det kan tenkes nødrettsbetraktninger som tilsier at § 15 må vike, slik at det gis tilgang til biomateriale lagret i biobank. Vilåret for at slike unntak skal komme til anvendelse, er at ”nødrettshandlingen er nødvendig for å avverge en overhengende fare som ikke kan avverges på annen, mindre inngripende måte”. Men det skal i følge Lovavdelingen svært mye til for at ”nødrettsbetraktninger kan gjøre det berettiget å handle i strid med lovgivers bevisste prioriteringer, jf. Andenæs op.cit. side 184 flg.” Slike betraktninger kan imidlertid være aktuelle der det er fare for at en ukjent gjerningsperson vil begå nye alvorlige lovbrudd hvis vedkommende ikke blir identifisert.

5.2.5 Konklusjon

Det skal mye til for at offentlige interesser gjør det rettmessig å fravike taushetsplikten. I de nevnte avgjørelsene fra Høyesterett ville sannsynligvis ikke bestemmelsen vært anvendelig. Oppklaring av lovbrudd kan sjelden sies å være en tungtveiende offentlig interesse som gjør det rettmessig å oppheve taushetsplikten. Dersom en pasient er til fare for sine omgivelser, kan taushetsplikten settes til side for å motvirke risikoen for alvorlig skade på andre mennesker.

³⁹ Høyesteretts kjennelse avsagt 21. juni 1990 (lnr. 305K/1990, nr. 22/ 1990)

5.3 Helsepersonelloven § 24

5.3.1 Ordlyd

Helsepersonelloven § 24 gjør unntak fra taushetsplikten etter en persons død, dersom ”viktige grunner” taler for dette. Bestemmelsen er en videreføring av legeloven § 37. Utgangspunktet er at taushetsplikten gjelder også etter en pasients død. Også døde personer har behov for personvern.

Både hensynet til den avdøde og de etterlatte tilsier at den som er død, skal behandles med nødvendig respekt. Imidlertid kan det oppstå behov for opplysninger etter at en pasient er død. Det kan være at de er nødvendige i forbindelse med forskning, eller for å unngå skade på andre. Helsepersonelloven § 24 viser til en avveining av de ulike interesser. I denne vurderingen skal det tas hensyn til ”avdødes antatte vilje, opplysningenes art og de pårørende og samfunnets interesser”, jf første ledd. Dersom hensynet til å kunne benytte informasjonen veier tyngre enn hensynet til å bevare tausheten, må taushetsplikten vike.

For at taushetsplikten skal bli satt til side må det etter § 24 ”viktige grunner” til. Ordet ”viktig” viser at det må foreligge gode grunner for utlevering av informasjon etter pasientens død. Det holder ikke å vise til at utlevering av pasientopplysninger er hensiktsmessig og praktisk. Videre skal det tas hensyn til ”opplysningenes art”. Er det tale om meget sensitiv informasjon må det kreves gode grunner for utlevering. Det kan for eksempel dreie seg om opplysninger som avdekker en seksuelt avvikende livsstil eller om seksuell legning.

Det følger av bestemmelsen at avdødes ”antatte vilje” skal tas i betraktning. Sannsynligvis ville ikke den avdøde ønske at opplysninger som kan endre folks oppfatning av ham, eller henne, skal bli kjent. Imidlertid kan hensynet til ”samfunnets interesser” tilsi at slik informasjon likevel gis videre. Det kan for eksempel dreie seg om en smittsom sykdom. Man må her foreta en konkret avveining av de ulike interesser. Men det skal mer til å utlevere opplysninger dersom det dreier seg om sensitiv informasjon. Avdødes vilje vil ikke alltid være kjent. Det er imidlertid den ”antatte vilje” det skal tas utgangspunkt i.

Dersom man ikke har holdepunkter for hva avdøde ville ha ønsket, må alminnelige oppfatninger legges til grunn.

Hva som skal regnes som pårørende følger av pasientrettighetsloven § 1-3. Pårørendes interesser vil som regel være sammenfallende med avdødes ønsker. Avhengig av hvor nær familie det er tale om vil de pårørende i de fleste tilfeller, være de nærmest til å ivareta avdødes interesse. Kommer det frem at den avdøde og etterlatte har motstridende ønsker, må dette naturligvis tas i betraktning. Dersom det er tilfellet må man ta hensyn til opplysningenes art og pårørendes stilling i forhold til avdøde.

I forhold til om opplysninger om en død pasient kan utleveres i bruk i rettergang, er det hensynet til "samfunnets interesser" som er mest interessant. I Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) uttales det: "Bestemmelsen åpner for at opplysninger kan gis til andre enn pårørende, for eksempel politi, påtalemyndigheten eller domstolene i forbindelse med en etterforskning eller privat søksmål". Forarbeidene åpner altså for at opplysninger kan utleveres til slikt bruk.

Dersom de øvrige hensyn taler mot utlevering, må påtalemyndighetens interesse i å få opplysningene fremstå som "vektige". Sannsynligvis vil det være mot avdødes vilje at det utleveres opplysninger som knytter han til et lovbrudd. Det samme vil i alminnelighet være tilfellet for de pårørende. I forhold til "opplysningens art" vil det være tale om sensitiv informasjon for avdøde, i den forstand at det vil være opplysninger som kan endre folks oppfatning av vedkommende. Hva skal så til for at påtalemyndigheten kan kreve utlevert opplysninger etter § 24?

5.3.2 Rettspraksis

Det finnes lite rettpraksis om helsepersonelloven § 24. Bestemmelsen nevnes i Høyesteretts avgjørelse av 1. februar 2006 om utlevering av biologisk materiale til bruk i straffesak. Personen materialet stammet fra var død da saken kom opp. Retten kom til at biomateriale ikke kunne utleveres uten materialgivers samtykke, jf biobankloven § 15. Førstvoterende

tok ikke stilling til omfanget av § 24, da dette ikke var nødvendig for resultatet. Det forhold at vedkommende var død da saken kom opp er ikke drøftet nærmere i kjennelsen. I avsnitt 25 uttales: "Lagmannsretten la til grunn at avdøde ikke hadde samtykket før han gikk bort". Etter § 24 måtte retten vurdert avdødes antatte vilje. Sannsynligvis ville denne vært avhengig av om vedkommende hadde begått en kriminell handling eller ei. Dersom avdøde ikke hadde gjort noe ulovlig, ville det trolig vært i hans interesse å renske sitt navn. I forhold til biobankloven § 15 ser det imidlertid ut til at det er tilstrekkelig å vurdere hva som faktisk ble gjort, eller i dette tilfellet, hva som ikke ble gjort.

Da saken ble behandlet av Stavanger tingrett kom denne til at § 24 fikk anvendelse på biologisk materiale.⁴⁰ Retten foretok dermed en konkret vurdering av bestemmelsen på saksforholdet. Selv om det var tale om biologisk materiale som det er mulig å utlede annen informasjon fra, fant ikke retten at det var tale om sensitive opplysninger. Opplysningene skulle kun benyttes til å utlede en DNA-profil, eventuelle sykdommer med mer var ikke av interesse.

Videre ble de pårørendes interesser drøftet.⁴¹ Pårørende til avdøde hadde sendt brev der de motsatte seg at biomateriale ble utlevert. De ønsket å verne om avdødes minne. Selv ønsket de ikke lenger å bli påminnet om mistanken som ble rettet mot vedkommende. Retten fant imidlertid ikke at disse hensyn veide mer enn samfunnets interesse i å få oppklart saken. Sakens art og alvor talte for at hensynet til avdødes privatliv måtte vike.

Denne avgjørelsen ble ikke stående. Både lagmannsretten og Høyesterett fant at § 24 ikke kom til anvendelse. Dermed har man ikke grunnlag for å si om de nevnte instanser ville vurdert bestemmelsen og saksforholdet på tilsvarende måte som tingretten. Det straffbare forholdet i saken er imidlertid spesielt, forbrytelsen er blitt karakterisert som norgeshistoriens groveste ran. Det var tale om organisert kriminalitet og væpnet ran der en politimann ble drept. Vurderingen etter § 24 er ikke like streng som etter § 23 nr. 4. Det er

⁴⁰ Stavanger tingrett, kjennelse av 11.november 2005, saksnr.: 05-142451ENE-SBYR

⁴¹ Stavanger tingretts kjennelse av 11.november 2005 s. 19 annet avsnitt, saksnr.: 05-142451ENE-SBYR

ikke en nødrettslignende bestemmelse. Det er dermed mulig at taushetsplikten ville blitt satt til side, jf § 24, også av de øvrige instanser, dersom bestemmelsen hadde vært anvendelig.

5.3.3 Konklusjon

I forhold til utlevering av opplysninger til bruk i straffesaker kan man spørre seg om man ikke bør være ekstra varsom da den avdøde ikke har anledning til å forsvare seg. På den andre siden vil ikke den døde bli utsatt for noen belastning ved en utlevering, mens samfunnet kan ha fordeler av det. Spørsmålet blir da hvor langt man skal gå for å ivareta den dodes minne. Her vil hensynet til de pårørende spille inn, deres opplevelse av en utlevering vil tre i stedet for avdødes. Selv om det ikke er pårørende, vil man ikke stå fritt etter § 24, men mothensynene vil muligens være færre. Imidlertid må det fremdeles "viktige grunner" til for å fravike taushetsplikten. Man må foreta en konkret vurdering av de ulike interesser bestemmelsen oppstiller. Dersom det er tale om å utlevere opplysninger som trengs for å oppklare en alvorlig forbrytelse, kan taushetsplikten settes til side etter en pasients død, dersom gode grunner taler for det, jf § 24.

5.4 Straffeprosessloven § 119 tredje ledd

5.4.1 Ordlyd

Det heter i straffeprosessloven § 119 tredje ledd: "Forbudet faller bort når forklaringen trengs for å forebygge at noen uskyldig blir straffet".

Bestemmelsen må ses i sammenheng med strpl § 172 som setter straff for den som unnlater å gi opplysning som kan hindre at noen blir uskyldig dømt for en forbrytelse. Den straffsanksjonerte opplysningsplikten etter denne bestemmelsen er imidlertid mer begrenset enn retten til å gi vitneprov etter § 119 tredje ledd. Forbudet mot å avgi vitneforklaring

faller bort så snart det er nødvendig for å forhindre at noen uskyldig blir straffet.⁴² I straffesaker står kravet om materielt riktige avgjørelser sterkt. Straff anses som en massiv sosial fordømmelse, derfor regnes det som særlig viktig at dommer er materielt riktige på den måten at ingen blir uskyldig dømt.⁴³ Dette går således foran hensynene som ligger bak for eksempel viteforbudet for leger. Spørsmålet er hva som skal til for at unntaksbestemmelsen skal komme til anvendelse. Hvor stor sannsynlighet må det være for at forklaringen kan forebygge at noen uskyldig blir straffet?

5.4.2 Rettspraksis

I Rt 1994 side 1337 kom retten med uttalelser angående strpl § 119 tredje ledd. Saken gjaldt en advokats plikt til å avgi forklaring om eventuelt taushetsbelagt stoff for å hindre at noen uskyldig ble dømt. Høyesterett kom til at advokatoppdragets art og omfang måtte søkes klargjort før advokaten eventuelt kunne bli pålagt å forklare seg. Dessuten måtte det gis en konkretisering overfor ham av den bevissituasjon som forelå for retten med hensyn til straffeskyld for den tiltalen gjaldt. Straffeprosessloven § 119 tredje ledd kom dermed ikke direkte til anvendelse. Kjæremålsutvalget uttalte likevel om bestemmelsen på side 1341:

”Som det fremgår av byrettens kjennelse, har den tatt det standpunkt at § 119 tredje ledd også gjelder når tiltalte kan bli dømt til en betydelig strengere straff enn om forklaringen ikke var blitt gitt. Byretten viser i den forbindelse til Bjerke / Keiserud I 348 som igjen viser til Salomonsen I 207. Den sistnevnte bruker som eksempel at det er fare for at vedkommende vil bli dømt for forsettlig forbrytelse, mens vitneprovet ville vise at han bare er skyldig i uaktsomt lovbrudd. Utvalget er enig i at dette må være riktig ihvertfall i de tilfeller hvor det vil bli tale om en vesentlig nedsubsumering. For øvrig er det uklart hvor langt det nevnte synspunkt kan anvendes”.

⁴² Bjerke og Keiserud. *Straffeprosessloven*. bind 1. 2. utg. Oslo 1996 s. 376

⁴³ Jo Hov. *Rettergang I Sivil- og straffeprosess*. Oslo 1999 s. 73

Det er altså ikke kun i de tilfeller den tiltalte helt kan unngå straff at § 119 tredje ledd er anvendelig, men også der det kan bli tale om en betydelig straffereduksjon. Hvor mye reduksjon som kreves, er ikke avklart, bortsett fra at den må overstige et visst nivå.

I Høyesteretts avgjørelse av 1. februar 2006 som gjaldt utlevering av humant biologisk materiale til bruk i rettergang, var straffeprosessloven § 119 tredje ledd ikke anført. Men førstvoterende uttalte at dersom vilkåret i § 119 tredje ledd var oppfylt kunne retten beslutte utlevring etter straffeprosessloven § 210 av biologisk materiale, jf avsnitt 22. Dette kan tyde på at bestemmelsen får anvendelse i forhold til utlevering av biomateriale selv om slik utlevering reguleres av biobankloven § 15.⁴⁴

Bestemmelsen er drøftet i lagmannsrettens kjennelse av 21. desember 2005.⁴⁵

Lagmannsretten kom til at vilkårene for å anvende bestemmelsen ikke var oppfylt. ”Det forebyggende element” som ble angitt for å være avgjørende for at § 119 tredje ledd kom til anvendelse, var i følge retten, ikke godt nok begrunnet. Den avdøde DNA-profil kunne nok ha betydning som bevis og belyse saken. Men den ble ikke ansett for å ha en slik betydning for de tiltalte i Nokas- saken som bestemmelsen krever. Det var ikke tilstrekkelig bevist at en utlevering av biomateriale ville forebygge at en, eller flere, uskyldige ble straffet.

Det kreves etter dette relativt klare bevis for at strpl § 119 tredje ledd skal komme til anvendelse. Det er ikke nok at det er en viss mulighet for at en uskyldig vil bli straffet. Det er naturlig at man opererer med en streng bevisbyrde, ellers ville bestemmelsen om vitneforbud etter § 119 første ledd, bli enkel å omgå.

⁴⁴ Se punkt 3.3.2 avsnitt 7

⁴⁵ Gulating lagmannsrett kjennelse avsagt 21. desember 2005 s. 7, LG-2005-178052

5.4.3 Konklusjon

Straffeprosessloven § 119 tredje ledd gjør unntak for vitneforbudet etter bestemmelsens første ledd dersom det er nødvendig for å forebygge at noen uskyldig blir straffet.

Bestemmelsen byr ikke på de store tolkningsproblemer. Det finnes lite praksis knyttet til vitneunntaket. Imidlertid ble det i Rt 1994 side 1337 slått fast at bestemmelsen også er anvendelig der et vitne, som faller inn under oppregningen etter § 119 første eller annet ledd, kan bidra med opplysninger som medfører at en tiltalt skal dømmes til en vesentlig lavere straff.

6 Forholdet mellom biobankloven og helsepersonelloven

6.1 Innledning

Det er biobankloven § 16 som regulerer forholdet mellom biobankloven og helsepersonellovens bestemmelser om taushetsplikt. Bestemmelsen i § 16 sier at helsepersonelloven kapittel 5 gjelder tilsvarende for alle som forvalter eller arbeider ved en biobank. Problemstillingen her er hvorvidt disse bestemmelsene kommer til anvendelse på biomateriale i biobank og opplysninger i forskningsbiobank. Videre må forholdet mellom biobankloven §§ 15 og 16 drøftes. Etter § 15 kreves det samtykke for at andre skal få tilgang til biomateriale og opplysninger i biobank. Men ifølge § 16 kommer unntaksbestemmelsene i helsepersonelloven til anvendelse, og her er det ikke krav om samtykke. Spørsmålet blir hvilken bestemmelse som har forrang.

6.2 Biobankloven § 16

6.2.1 Ordlyd

Det følger av biobankloven § 16 at helsepersonelloven kapittel 5 kommer til anvendelse. Etter helsepersonelloven § 21 er det kun helsepersonell, jf § 48, som har taushetsplikt. Det følger videre av helsepersonelloven § 3 første ledd nr. 2 at helsepersonell også omfatter personer som utfører de handlinger som er nevnt i bestemmelsenes tredje ledd. Etter tredje ledd er helsehjelp beskrevet som ”enhver handling som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende eller rehabiliterende formål”.

De fleste som jobber med en eller annen form for helsehjelp vil etter dette være omfattet av helsepersonelloven. Imidlertid vil for eksempel forskere i biobank kunne falle utenfor

lovens ordlyd. Bestemmelsen i biobankloven utvider personkretsen som omfattes av taushetspliktbestemmelsene i helsepersonelloven, til å gjelde for alle som jobber i biobank.

Hovedregelen om taushetsplikt er § 21. Unntaksreglene i § 23 nr. 4 og § 24 viser tilbake til denne bestemmelsen. Etter ordlyden i § 21 gjelder taushetsplikten kun opplysninger. I forhold til biobankloven § 16 blir spørsmålet om også biomaterialet er omfattet. I denne bestemmelsen skilles det ikke mellom henholdsvis opplysninger og biologisk materiale. Men § 16 sier heller ikke at biomateriale skal omfattes. I biobankloven §§ 2 og 3 er det foretatt et uttrykkelig skille. Leser man loven i sammenheng kan dette tyde på at § 16 er ment å skulle innebære taushetsplikt både i forhold til biomateriale og opplysninger. På den andre siden tilsier ordlyden i helsepersonelloven § 21 at det kun er opplysninger som omfattes av bestemmelsene i kapittel 5.

Etter biobankloven § 15 kreves det samtykke fra giver for at andre skal få adgang til biomateriale oppbevart i biobank og opplysninger lagret i forskningsbiobank. Spørsmålet er om denne bestemmelsen går foran reglene om taushetsplikt i helsepersonelloven. Det følger av biobankloven § 3 annet ledd at helse- og personopplysninger som utledes fra biologisk materiale skal behandles etter helsepersonelloven, med mindre annet følger av biobankloven. I tilfelle motstrid vil dermed biobankloven gå foran. Biobankloven § 15 er strengere når det gjelder hva som kan utleveres av opplysninger i forskningsbiobank enn helsepersonelloven § 23 nr. 4 og § 24. Dette skulle tilsi at § 15 har forrang for så vidt det gjelder slike opplysninger. Biomateriale nevnes ikke i § 3 annet ledd. Hvorvidt biomateriale er omfattet av bestemmelsene som gjør unntak taushetsplikten fremgår ikke klart av ordlyden. Videre følger det ikke av loven om det er § 15 eller § 16 som har forrang i forhold til biomateriale. Man må se hva de øvrige rettskilder sier om dette spørsmålet.

6.2.2 Forarbeider

Forarbeidene til helsepersonelloven kom før biobankloven og inneholder derfor ingenting om forholdet til biobankloven eller om biologiske materiale.⁴⁶

Det fremgår av Ot.prp. nr. 56 (2001-2002) side 54 at formålet med § 16 er å utvide virkeområdet for helsepersonelloven til å gjelde andre enn helsepersonell. Bestemmelsen er ment å regulere personkretsen som er omfattet av taushetspliktreglene. Dette kan tyde på at biobankloven § 16 kun er ment å regulere det personelle. Imidlertid viser bestemmelsen til helsepersonellovens bestemmelser i flertall og i ubestemt form. Ordlyden kan dermed tilsi at også biologisk materiale er omfattet reglene om taushetsplikt i helsepersonelloven, herunder § 23 nr. 4 og § 24. Samtidig tilsier formålet bak § 16 at det ikke har vært meningen å utvide anvendelses område for kapittel 5 i helsepersonelloven til å gjelde biomateriale. En slik forståelse vil ikke være i strid med ordlyden. Bestemmelsen er ikke kun en henvisning til helsepersonelloven, den påpeker at kapittel 5 i helsepersonelloven gjelder tilsvarende for alle som på et eller annet vis forvalter en biobank. Hvilken tolkning som skal legges til grunn kommer ikke klart frem av verken ordlyden eller formålet bak bestemmelsen. Videre gir ikke formålet bak bestemmelsen noen veiledning i forhold til spørsmålet om forholdet mellom § 15 og § 16 for så vidt det gjelder opplysninger.

Omfanget av bestemmelsene i helsepersonelloven kapittel 5 drøftes i NOU 2001: 19 til biobankloven. Lovutvalget aviser ikke her at §§ 23 nr. 4 og 24 kan få anvendelse i forhold til biobankloven.

I NOU 2001: 19 kapittel 8.3 heter det: ”Etter sin ordlyd gjelder § 21 opplysninger, og dette taler klart for at humant biologisk materiale ikke direkte vil være omfattet av taushetspliktbestemmelsen”. Videre: ” Imidlertid vil mange av de hensyn som taushetspliktreglene er ment å skulle ivareta, også gjøre seg like sterkt gjeldende når det

⁴⁶ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) (helsepersonelloven)

gjelder tilgang til eller utlevering av humant biologisk materiale”. Dette begrunner utvalget med at ulevering av biomateriale indirekte vil kunne innebære en utlevering av opplysninger. Men etter utvalgets oppfatning kan ikke reglene om taushetsplikt sies å gjelde direkte i forhold til humant biologisk materiale.

Helsepersonelloven § 24, som åpner for at det på nærmere bestemte vilkår kan utleveres taushetsbelagte opplysninger om en avdød person, drøftes spesifikt i forarbeidene. Utvalget mener pasientjournaler ofte vil inneholde ”beskrivelser av analyser eller funn man har gjort på bakgrunn av undersøkelser av slikt materiale”. Videre heter det at ved vurderingen av om man skal tillate utlevering av biomateriale etter en pasients død, må § 24 kunne tillegges en viss analogisk vekt, selv om bestemmelsen etter sin ordlyd kun gjelder opplysninger.

I NOU 2001: 19 kapittel 3.6, som omhandler definisjon av biobanker, er lovutvalget delt i relasjon til hva begrepet biobank skal omfatte. Flertallet mener det vil føre til ”en uhensiktsmessig dobbeltregulering dersom opplysninger som er fremkommet ved analyser av materiale inkluderes i definisjonen”. De går altså inn for at man må foreta et skille mellom henholdsvis opplysninger og biologisk materiale. Etter flertallets mening er opplysninger utledet av biomateriale tilfredsstillende regulert gjennom helse- og personopplysningslovgivningen. Dette forslaget er fulgt opp for så vidt det gjelder diagnostiske biobanker og behandlingsbiobanker, jf biobankloven § 2 første ledd. Slike biobanker omfatter kun biologisk materiale. Opplysninger utledet av materiale vil ikke være regulert av biobanklovens bestemmelser. Etter departementets mening vil det medføre en uhensiktsmessig dobbeltregulering å inkludere slike opplysninger i loven, da disse er tilstrekkelig regulert andre steder i lovgivningen.⁴⁷ Dette skillet følger nå av biobankloven § 2 første ledd, jf § 3

⁴⁷ Ot.prp. nr. 56 (2001-2002) kapittel 11 s. 48

Lovutvalgets mindretall uttaler at ”personopplysninger inngår naturlig i mange former for humant biologisk materiale, og at det derfor er uhensiktsmessig og vanskelig (i noen tilfeller umulig) å skille mellom fysisk materiale og opplysninger”. Denne definisjonen er lagt til grunn for forskningsbiobanker, jf biobankloven § 2 annet ledd. Begrunnelsen for å inkludere opplysninger i denne definisjonen er at det ”er spesielle behov for regulering av denne typen opplysninger når de brukes til forskning. Opplysninger som er utledet ved analyser av biologisk materiale er i dag ikke tilfredsstillende regulert i annen lovgivning”. Videre uttales det: ” Med opplysninger utledet av det biologiske materiale menes her opplysninger som er utledet fra det biologiske materiale som inngår i biobanken, og ikke for eksempel journalopplysninger som stammer fra tidligere analyser av vev og celler etc”.⁴⁸

Drøftelsen viser at det er uenighet om hvorvidt det er hensiktsmessig å foreta en oppdeling eller ei. Resultatet er at departementet har valgt ulike løsninger i forhold til de forskjellige biobankene. Men det nevnes ikke hva § 16 er ment å omfatte.

I NOU 2001: 19 kapittel 8.3 pekes det på hensyn som kan tale for at man bør tilstrebe noenlunde ensartede regler for opplysninger og humant biologisk materiale. Samtidig understrekes det at det er en ”åpenbar og viktig forskjell som består i at når man har tilgang til materiale vil man kunne fortsette med en rekke ytterlige undersøkelser eller analyser, og således ”hente ut” nye opplysninger fra det humane materiale. Når det gjelder skriftlige opplysninger, vil disse ikke kunne bearbeides på samme måte”.

De nevnte uttalelsene gir ikke noe klart svar på om § 16 kan tolkes dit hen at den omfatter både biomateriale, og opplysninger, eller om bestemmelsen kun er ment å regulere opplysninger. Problemet drøftes i forhold til bestemmelsene om taushetsplikt i NOU 2001: 19. Imidlertid refererer denne seg til gjeldene rett forut for biobankloven, jf NOU

⁴⁸ Ot.prp. nr. 56 (2001-2002) kapittel 11 s. 48

2001: 19 kapittel 8.1. Videre fremgår det klart av de senere forarbeider hva formålet med § 16 er, se Ot.prp. nr. 56 (2001-2002) side 54. Skillet mellom biomateriale og opplysninger nevnes ikke i denne sammenheng. Ei heller nevnes forholdet mellom §§ 15 og 16.

6.2.3 Rettspraksis

Høyesteretts avgjørelse av 1. februar 2006 nevner biobankloven § 16 i en bisetning, som en kommentar til påtalemyndighetens anførsel om at bestemmelsen medfører at helsepersonellovens regler om taushetsplikt også gjelder for humant biologisk materiale.⁴⁹ Høyesterett viser til forarbeidene og formålet med bestemmelsen som beskrevet i Ot.prp. nr 56 (2002-2002) side 54 annen spalt, se også punkt 6.2.2 annet ledd.⁵⁰ Denne uttalelsen er ikke nødvendig for å komme frem til resultatet.

I avsnitt 22 uttaler førstvoterende at bevisforbudet etter § 119 første ledd faller bort ”når helsepersonell etter helsepersonelloven § 23 nr. 4 og § 24 har adgang til å gi forklaring i retten. Retten kan da beslutte beslag etter straffeprosessloven § 203 jf. § 204 eller utlevering etter § 210 av biologisk materiale med mindre annet følger av lov.” Dette skulle tilsi at unntakene fra taushetsplikten i helsepersonelloven § 23 nr. 4 og § 24 omfatter biologisk material. Imidlertid tar ikke retten stilling til dette spørsmålet. Førstvoterende begrunner dette slik: ”Uansett er en slik lovforståelse ikke avgjørende for om beslag eller utlevering kan besluttes etter straffeprosessloven”, jf avsnitt 23.

Hva ligger så nærmere i disse utsagnene? Jeg forstår uttalelsene dit hen at § 16 i biobankloven ikke regulerer det materielle. Bestemmelsen anvendelsesområde er begrenset i personell henseende. Høyesterett mener bestemmelsen ikke regulerer hva som omfattes av taushetsplikten, men kun sier noe om hvem som er underlagt en slik plikt. Denne

⁴⁹ Se avsnitt 30

⁵⁰ Høyesteretts avgjørelse av 1. februar 2006 avsnitt 30

forståelsen støttes av det faktum at Høyesterett ikke vurderer unntaksreglene i §§ 23 nr. 4 og 24. Dersom disse hadde vært anvendelige ville det vært naturlig å drøfte dem.

Slik jeg tolker kjennelsen, mener retten at det kun er § 15 som regulerer andres tilgang til biomateriale. Denne bestemmelsen går, i tråd med Høyesteretts uttalelser, foran unntakene fra taushetsplikten i helsepersonelloven. Dette kommer ikke klart frem av ordlyden i bestemmelsene, men dersom man leser § 15 og § 16 i sammenheng, må det bli resultatet. Biobankloven er både *lex specialis* og *lex posterior* i forhold til helsepersonelloven. I tillegg går det frem av ordlyden i § 16 at henvisningen er begrenset til kun personell. Bestemmelsen sier ikke at reglene om taushetsplikt gjelder tilsvarende i forhold til opplysninger og biomateriale lagret i biobank.

Etter § 15 kreves det samtykke fra giver, og det finnes ingen unntak fra dette i loven. Ut ifra Høyesteretts *resonnement* har det ikke vært meningen å endre på dette med § 16. Resultatet er at unntakene i helsepersonelloven § 23 nr. 4 og § 24 ikke kommer til anvendelse i forhold til biomateriale lagret i biobank og opplysninger som inngår i forskningsbiobank. Etter dette kan det se ut til at henvisningen til kapittel 5 i helsepersonelloven ikke får særlig praktisk betydning. Imidlertid er det kun unntakene som ikke har betydning i forhold til biobankloven, hovedregelen gjelder fullt ut. Poenget med § 16 er å vise at alle ansatt i en biobank har taushetsplikt angående opplysninger de får kjennskap til i kraft av sitt yrke. Hvorvidt helsepersonelloven kapittel 5 også omfatter opplysninger tar Høyesterett ikke stilling til; problemstillingen har ikke betydning for spørsmålet om utlevering.

En annen mulig tolkning av Høyesteretts kjennelse er at retten mener at biobankloven § 16 ikke utvider anvendelsesområdet til taushetspliktreglene i helsepersonelloven til å gjelde humant biologisk materiale. Men at det kun er opplysninger som omfattes, jf ordlyden i helsepersonelloven § 21. Denne tolkningen er lagt til grunn i lagmannsrettens kjennelse. Ettersom Høyesterett kun tar opp spørsmålet om utlevering av biomateriale, er det mulig at

retten deler lagmannsrettens syn i forhold til § 16. Førstvoterende er knapp i sin kommentar til bestemmelsen, og det kommer ikke klart frem hvilken av de to nevnte tolkningsalternativene som er lagt til grunn.

Ordlyden i § 16 og forholdet mellom biobankloven og helsepersonelloven tilsier at § 16 kun er ment som en personellbestemmelse. Videre nevner ikke retten at unntakene fra taushetsplikten i helsepersonelloven gjelder i forhold til opplysninger lagret i forskningsbiobank. En bemerkning angående dette ville vært naturlig om det var en slik tolkning Høyesterett bygget på, særlig ettersom resultatet da kunne blitt annerledes. Reelle hensyn tilsier også at en slik løsning ikke er hensiktsmessig, ettersom det fører til at biomateriale og opplysninger vil følge ulike regelsett. Imidlertid vil det være vanskeligere å få utlevert biomateriale etter § 15 enn opplysninger som kan utleveres i medhold av helsepersonelloven § 23 nr. 4 eller § 24. Dette vil være i tråd med de reelle hensyn retten viser til i avsnitt 29. Det er mulig at retten ikke går nærmere inn på unntakene fra taushetsplikten, fordi det for retten fremstår som helt klart at disse ikke vil få anvendelse i den aktuelle saken. I forhold til rettens uttalelser mener jeg imidlertid at det er mer sannsynlig at retten mener å fastslå at § 15 går foran kapittel 5 i helsepersonelloven.

På den andre siden vil et slikt forhold mellom biobankloven § 15 og taushetspliktreglene i helsepersonelloven kunne føre til forskjellsbehandling av opplysninger utledet av biomateriale i henholdsvis diagnostiske biobanker/ behandlingsbiobanker og forskningsbiobanker. Opplysninger utledet av de førstnevnte biobankene vil følge helsepersonelloven kapittel 5, mens informasjon fra biomateriale som inngår i en forskningsbiobank vil være regulert av § 15. En slik tolkning vil innebære at opplysninger utledet av biomateriale som inngår i en forskningsbiobank vil være strengere regulert enn opplysninger utledet av biologisk materiale i de øvrige biobanker. Dette har imidlertid lovgiver tatt stilling til ved utarbeidelsen av loven, og man har begrunnet denne forskjellsbehandlingen i forarbeidene, se punkt 6.2.2

I Rt 2005 side 1329 var hjemmelsgrunnlaget helsepersonelloven § 12. Saken gjaldt hvorvidt politiet kunne kreve utlevert resultatet av en blodprøve der rekvirert prøve ikke ble tatt i tide. Førstvoterende uttaler at ” det kan fremstå som en tilfeldig fordel for siktede at prøven ikke ble tatt i tide til å ha nytte som bevis”, se avsnitt 24. Likevel avviste flertallet i Rt 2205 side 1329 kravet om utlevering da det ville innebære en utvidende tolkning av § 12. En slik forståelse av bestemmelsen ville være i strid med de hensyn som begrunner taushetsplikten.

Kjennelsen ble avsagt under dissens (4-1). Mindretallet mente at den tilfeldige fordelten måtte føre til motsatt resultat, slik at blodprøven kunne utleveres. I motsetning til sine meddommere fremholdt hun: ” Loven har ikke noe uttrykkelig unntak fra taushetsplikten for situasjonen i vår sak. Men når reglene om taushetsplikt i straffeprosessloven § 119, jf. helsepersonelloven § 21 leses i sammenheng med helsepersonelloven § 12, jf. vegtrafikkloven § 22a, er det etter mitt syn naturlig å forstå loven slik at taushetsplikten ikke gjelder”.⁵¹ Den dissenterende dommeren mente altså at rimelighetshensyn burde gå foran en streng tolkning av § 12.

Begge de nevnte avgjørelsene taler mot at man foretar en utvidende tolkning av bestemmelser som representerer unntak fra taushetsplikten. Bestemmelser om taushetsplikt bør tolkes strengt etter sin ordlyd. Dette gjelder særlig der det er gjort unntak fra taushetsplikten. Slike unntak er ment å være snevre, og dersom man utvider dem, kan hovedregelen lett bli uthult. Både helsepersonelloven og biobankloven er av nyere dato, og lovgiver har selv tatt stilling til hvilke unntak som kan gjøres. Det følger av Høyesteretts avgjørelse av 1. februar 2006 at biobankloven § 16 ikke regulerer andres tilgang til biomateriale lagret i biobank. Og dersom det skulle være tvil følger det av Rt 2005 side 1329 at man ikke kan tolke § 23 nr. 4 og § 24 utvidende til å gjelde biologisk materiale.

⁵¹ Se avsnitt 33

Den rettskildemessige vekt kjennelsene har ved denne problemstillingen, kan diskuteres. Høyesteretts avgjørelse av 1. februar 2006 tar kun stilling til spørsmålet i en bisetning, og det er dissens angående tolkningen av helsepersonelloven § 12 i Rt 2005 side 1329. I tillegg er begge avgjørelsene relativt nye. Imidlertid vil de som Høyesteretts kjennelser ha betydelig vekt.

6.2.4 Lovavdelingens uttalelse

I Lovavdelingens uttalelse fra 22. juli 2004 angående tilgang til biologisk materiale, drøftes ikke hvorvidt reglene om taushetsplikt i helsepersonelloven også omfatter humant biologisk materiale. Ved første øyekast ser det ut til at Lovavdelingen legger til grunn samme tolkning av biobankloven § 16, som Høyesterett i sin avgjørelse av 1. februar 2006. Departementet uttaler om bestemmelsen: ” Forskere tilknyttet biobank vil altså være underlagt de strenge taushetspliktbestemmelsene i helsepersonelloven”. Men deretter fortsetter Lovavdelingen å drøfte helsepersonelloven § 23 nr. 4. Lovavdelingen antar altså at denne bestemmelsen kan komme til anvendelse.

Innledningsvis, under punkt 2 om taushetsplikt, uttales det: ” Selv om det ikke kan gis tilgang til materiale lagret i en biobank til bruk i en straffesak, kan det spørres i hvilken grad personer tilknyttet en slik biobank har taushetsplikt når det gjelder informasjon vedkommende får tilgang til gjennom sin virksomhet ved biobanken. Dette kan bl.a. få betydning dersom vedkommende blir innkalt som vitne i en eventuell straffesak.”

Er en slik tolkning i samsvar med biobankloven § 15? Denne bestemmelsen er også behandlet i uttalelsen. I sammenheng med § 15 uttales at det kun er ulovfestede nødrettsbetraktninger som kan tenkes å gjøre unntak fra kravet om samtykke, jf avsnitt 8 side 2. Lovavdelingen ser ut til å mene at de to bestemmelsene har forskjellig anvendelsesområde. I realiteten vil det imidlertid være slik at dersom § 23 nr. 4 og § 24 kommer til anvendelse, vil det føre til at bevisforbudet, jf straffeprosessloven §§ 204 og

210 jf § 119 første ledd, faller bort. Spørsmålet i forhold til straffeprosessloven § 119 første ledd, er hvorvidt det finnes begrensninger i det vitneforbudet som bestemmelsen oppstiller. De nevnte unntaksreglene i helsepersonelloven utgjør slike begrensninger. Det er mulig departementet mener at de nevnte unntakene får anvendelse på opplysninger, men ikke i forhold til biomateriale. Imidlertid er en slik tolkning ikke overensstemmende med at Lovavdelingens uttalelse dreier seg spesifikt om utlevering av biologisk materiale, og ikke om opplysninger utledet av slikt materiale. Videre er det kun biobankloven § 15 som regulerer andres tilgang til biomateriale. Lovavdelingens uttalelser i forhold til § 15 og unntakene fra taushetsplikten i helsepersonelloven gir dermed ikke samsvar.

6.2.5 Konklusjon

Det følger av biobankloven og forarbeidene til loven at det er forskjell på selve det biologiske materiale og opplysninger utledet av materiale. Dette skillet fremgår av biobankloven §§ 2 og 3 annet ledd. Opplysninger skal som hovedregel følge helsepersonelloven, jf § 3 annet ledd. Når det gjelder utlevering av materiale og opplysninger fra biobank følger det av biobankloven § 15 at det kreves samtykke fra materialgiver for at andre skal få tilgang til biomateriale i biobank og opplysninger i forskningsbiobank. For så vidt det gjelder opplysninger i forskningsbiobank følger det av § 3 at biobankloven her går foran bestemmelsene i helsepersonelloven som gjør unntak fra taushetsplikten. I forhold til biomateriale følger det av formålet bak § 16 og Høyesteretts kjennelse av 1. februar at biobankloven § 15 vil ha forrang i forhold til helsepersonelloven § 23 nr. 4 og § 24. Biobanklovens bestemmelser er både *lex specialis* og *lex posterior* i forhold til helsepersonelloven.

7 Avslutning

7.1 Oppsummering og konklusjon

Jeg har i oppgaven delkonklusjoner under hver problemstilling. I dette kapittelet vil jeg derfor kun komme med en kort oppsummering og en samlet konklusjon i forhold til oppgavens hovedtema.

Den overordende problemstillingen er hvorvidt påtalemyndigheten kan ta beslag i biologisk materiale og opplysninger oppbevart i biobank. Det følger av straffeprosessloven §§ 203 og 210 at påtalemyndigheten kan ta beslag i eller kreve utlevert biologisk materiale dersom dette har betydning som bevis. Unntak fra dette gjøres der vedkommende som er i besittelse av det biologiske materialet er omfattet av vitneforbudet strpl § 119 første og annet ledd oppstiller. De fleste som er ansatt i en biobank vil i praksis være omfattet av bestemmelsen. Men personell som ikke faller inn under ordlyden vil ha både plikt og rett til å forklare seg for retten.

Imidlertid følger det av Høyesteretts avgjørelse av 1. februar 2006 at utlevering av biologisk materiale reguleres nærmere av biobankloven § 15. Det ser dermed ut til at det ikke har betydning hvorvidt personell i biobank har vitneforbud for retten etter strpl § 119. Etter biobankloven § 15 kan biologisk materiale i biobank og opplysninger i forskningsbiobank kun utleveres dersom materialelever samtykker. Denne bestemmelsen går foran helsepersonelloven § 23 nr. 4 og § 24. Disse får kun anvendelse på opplysninger som ikke inngår i en forskningsbiobank, jf biobankloven § 3. Dette følger av at biobanklovens bestemmelser er *lex specialis* og *lex posterior* i forhold til bestemmelsene i helsepersonelloven.

Det finnes dermed få unntak fra biobankloven § 15. Ett unntak gjøres imidlertid i straffeprosessloven § 119 tredje ledd. Påtalemyndigheten kan etter denne bestemmelsen få tilgang til bioblogisk materiale dersom det er nødvendig for å forbygge at noen uskyldig straffes. I følge Justisdepartementets lovavdelingen kan det også tenkes at ulovfestede nødrettsbetraktninger tilsier at biobankloven § 15 må vike. Men det skal mye til for at nødrett kan anses å gi hjemmel for handlinger i strid med en klar lovbestemmelse.⁵²

Konklusjonen er at det er svært vanskelig for påtalemyndigheten å få utlevert biologisk materiale som inngår i en biobank og opplysninger som inngår i en forskningsbiobank. Hovedregelen er at dette kun kan skje der materialgiver samtykker.

7.2 De lege ferenda-betraktninger

Man kan spørre seg om reglene biobankloven oppstiller er for strenge. Hensynet til å oppnå materielt riktige avgjørelser taler for at påtalemyndigheten i større utstrekning får tilgang til biomateriale og opplysninger oppbevart i biobank, enn det som er tilfellet etter dagens rettstilstand. Muligheten til å identifisere flere lovbreakere og oppklare flere forbrytelser vil også bli større om lovgivningen var mindre streng på dette området. De fleste mennesker er lovlige. For flertallet vil det altså ikke få store konsekvenser om påtalemyndigheten fikk lovliggjennomgang til å ta beslag i biomateriale og opplysninger i biobank. Imidlertid har det vist seg at det er viktig at folk har tillitt til at biomateriale og opplysninger i biobank ikke er tilgjengelige for andre, inkludert påtalemyndigheten.

I Sverige er det hvert år ca 700 personer som tilbakekaller samtykket til å være registrert i PKU-registret.⁵³ Det antas at dette har sammenheng med at en blodprøve fra en biobank

⁵² Se Lovavdelingens uttalelse av 22. juli 2004 punkt 1

⁵³ I PKU-biobanken oppbevares blodprøver av nyfødte barn. PKU-biobanken har eksistert siden midten av 70-tallet.

ble benyttet til å felle drapsmannen til Anna Lindh.⁵⁴ Det fremgår av biobankloven § 1 annet ledd at loven skal ”legge til rette for at materialet i biobanken kan benyttes til helsemessige formål. Herunder diagnostikk, behandling, forskning og undervisning, på en etisk forsvarlig måte”. Derimot er det ikke nevnt at biobankloven skal gjøre det enklere for påtalemyndigheten å felle forbrytere. Dersom folk kvier seg for å være registrert i en forskningsbiobank, vil dette kunne svekke forskningen. Dette vil igjen kunne svekke behandlingen helsevesenet kan tilby sine pasienter. Selv om flertallet av de som er registrert i en biobank er lovlydige individer, er det ofte tale om sensitiv informasjon som materialgiverne ikke ønsker at skal bli kjent. De strenge reglene knyttet til utlevering av biomateriale sikrer tillitt til biobankene, noe som igjen er viktig for at pasienter og den øvrige befolkningen skal si seg villig til å være registrert der. Sett i lys av dette er reglene om utlevering av biologisk materiale og opplysninger oppbevart i biobank etter min mening ikke for strenge.

⁵⁴ Se Roger Fjellström. *Myndigheter försvårar jakten*. Svenska dagbladet 30. januar 2006

8 Litteraturliste

Forarbeider

NOU 1993: 13 Helsepersonells rettigheter og plikter. Utkast til lov med motiver

NOU 2001: 19 Biobanker Innhenting, oppbevaring, bruk og destruksjon av humant biologisk materiale

NOU 2005: 1 God forskning – bedre helse

Ot.prp. nr. 1 (1979-1980) (legeloven)

Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) (helsepersonelloven)

Ot.prp. nr. 56 (2001-2002) (biobankloven)

Litteratur

Andenæs, Johs. *Norsk Straffeprosess*. bind 1. Oslo 2000

Befring, Anne Kjersti og Bente Ohnstad. *Helsepersonelloven – med kommentarer*. 2. utg. Bergen 2001

Bjerke, Hans Kristian og Erik Keiserud. *Straffeprosesslovens kommentarutgave*. bind 1. 3. utg. Oslo 2001

Bjerke, Hans Kristian og Erik Keiserud. *Straffeprosessloven*. bind 1. 2. utg. Oslo 1996

Eckhoff, Torstei. *Rettskildelære*. 5. utg. ved Jan E. Helgesen. Oslo 2001

Hov, Jo. *Rettergang I Sivil- og straffeprosess*. Oslo 1999

Kjønstad, Asbjørn. *Helserett: pasienters og helsearbeideres rettsstilling*. Oslo 2005

Ohnstad, Bente. *Taushetsplikt, personvern og informasjonssikkerhet i helse og sosialsektoren*. 3. utg. Oslo 2003

Wolk, Sanna. *Biobanksrätt*. Lund 2003

Rasmussen, Ørnulf. *Kommunikasjonsrett og taushetsplikt i helsevesenet*. Ålesund 1997

Artikler

Gagnes, Ole-Martin. *Mange er ute etter blodet ditt*. I: Juristkontakt 3- 2003, s. 6-9

Fjellström, Roger. *Myndigheter försvarar jakten* [online]. Svenska Dagbladet 30. januar 2006. Tilgang: http://www.svd.se/dynamiskt/brannpunkt/did_11679103.asp

Kjønstad, Asbjørn. Taushetsplikt og opplysningsrett etter pasientens død. I: Tidsskrift for den Norske Lægeforening nr 2, 1992, årg. 112 s. 243-248

Melson, Patricia Ann. *Sikrer den giverens integritet eller kommersielle hensyn*. I: Bioingeniøren nr 3, 2004, s. 13-16

Domsregister

Høyesterettsavgjørelser:

HR-1990-00305k [lovdata online] Høyesteretts kjennelse 1990-06-21

Rt 1994 side 1337

Rt 1996 side 464

Rt 1999 side 1066

Rt 2005 side 1329

HR-2006-00187-A [Lovdata online] Høyesteretts kjennelse 2006-02-01

Underrettsavgjørelser:

RG 2000 side 1010

LG-2005-178052 [lovdata online] Gulating lagmannsrett – kjennelse 2005-12-21

SBYR-2005- 14245 [upublisert] Stavanger tingrett – kjennelse 2005-11-11

Utenlandske avgjørelser:

Regeringsrättens årsbok 2004 – 12 – 10 [Rättsbanken online]

Lovregister

Kongriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814 (grunnloven)

Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10 (straffeloven)

Lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august 1915 nr. 6 (tvistemålsloven)

Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22.mai 1981 nr. 25 (straffeprosessloven)

Lov om pasientrettigheter av 2. juli 1999 nr. 63 (pasientrettighetsloven)

Lov om helsepersonell m.v. av 2. juli 1999 nr. 64 (helsepersonelloven)

Lov av 21. februar 2003 nr. 12 (biobankloven)

Lovavdelingens uttalelser

Lovavdelingens uttalelse av 9. august 1982

Lovavdelingens uttalelse av 17. januar 1983 (jnr. 2754/83)

Lovavdelingens uttalelse av 30. juni 1988 (jnr. 646/88)

Lovavdelingens uttalelse av 22. juli 2004 (JDLOV -2004-1843)